

DROIT SOCIAL.

Loi du 21 mars 1884, art 3 :

« Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ».

Code du travail, art L 411-1 (loi du 28 octobre 1982, alinéa 1) :

« Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts ».

a) 1884, pour la première fois possibilité pour des personnes de se regrouper (14 et 17/06/1791, loi Le Chapelier, interdiction des groupements).

Organisations syndicales légalisées pour mieux les contrôler.

La loi de 1982, logique de continuité. S'applique qu'aux syndicats ouvriers, pas de syndicats patronaux.

b) Loi de 1884, a seulement pour objet la défense des intérêts des travailleurs et non faire de la politique.

Loi de 1982, « exclusivement » Auroux a refusé que ce terme soit supprimé de l'art de la loi.

c) « Etude et défense » : les organisations syndicales appartiennent à différentes organisations institutionnelles (état, SS, etc.).

Moyens en justice, dans la rue.

d) « Intérêts matériels et moraux (...) » 1982.

« Intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » 1884.

La loi de 1884, définit les domaines où peuvent exister des syndicats. La loi de 1884 est une loi de police.

La loi de 1982, les syndicats peuvent agir en justice en votre nom et collectivement.

Intérêt collectif matériel : les syndicats commerçants qui attaquent la coopérative qui vend à des personnes étrangères au groupe (cour de cassation 1982).

Intérêt moral : possibilité d'expression, revendication syndicale.

Les personnes visées par leurs statuts : pas seulement les adhérents mais toute la collectivité des salariés.

La loi de 1884, vise à contrôler les syndicats.

La loi de 1982, même si les syndicats ne doivent pas faire de politique, ils peuvent agir dans le domaine politique.

En 1998, le FN crée des syndicats comme FN – police ou FN – pénitentiaire.

Au nom du principe de spécialité, la cour de cassation admet que n'importe qui peut intenter une action contre ces syndicats pour les faire dissoudre.

1) Délimitation des domaines de l'action syndicale.

A) Elaboration du principe de spécialité syndicale.

B) Expression du principe, finalité du texte.

2) instrumentalisation du principe de spécialité.

A) Adaptation sociétale du principe de spécialité.

B) Redécouverte du principe (pragmatique).

PREMIERE PARTIE : HISTOIRE DU DROIT DU TRAVAIL.

LECON 1 : HISTOIRE DU DROIT DU TRAVAIL.

La loi d'Allarde des 2 et 17/03/1791 consacre la liberté du travail, suppression des corporations.

Groupements professionnels, conventions collectives et grèves interdites.

Loi Le Chapelier du 14 et 17/06/1791 isole face à face travailleurs et employeurs.

Le code pénal de 1810 interdit la réunion et l'association de plus de 20 personnes. L'individualisme s'ajoute au libéralisme.

Les rapports de travail relèvent de la liberté contractuelle, ils peuvent emprunter 2 formes :

- Louage de services = domestique.
- Louage ouvrage = ouvriers.

En cas de contestation sur les salaires, le code civil indique que le patron est cru sur sa seule affirmation. Création du livret ouvrier. Supprimé en 1890.

Privé de protection légale et de la liberté d'action collective, les ouvriers perçoivent des salaires faibles dans des journées longues sans hygiène ni sécurité.

I) La conquête du droit du travail.

A) La prégnance des principes individualistes, 1830 – 1871.

C'est un droit muet dans des fabriques érigées en espaces privés.

Double problème : insuffisance politique et paupérisme (pauvres et pas bien représentés dans le monde politique).

Première loi sociale est celle du 22/03/1841 sur le travail des enfants (âge du travail fixé à 8 ans et interdit le travail de nuit). De 12 à 16 ans la durée du travail est de 72 heures. Sous l'influence socialiste, la révolution de 1848 limite à 10 heures la journée de travail des adultes, création des ateliers nationaux (tout ça a été supprimé en 1849).

Napoléon 3 est tolérant et le décret de 1864 abroge le délit de coalition et la grève est légale si elle n'empêche pas les non-grévistes de travailler.

B) La naissance collective.

1) La loi de 1874 instaure un corps d'inspecteurs du travail.

La loi de 1906 instaure un repos obligatoire ; journée de 8 heures ; semaine de 48 heures (loi de 1919).

Avec la loi du 9/04/1898, les accidents du travail sont indemnisés forfaitairement. C'est la première composante d'une protection sociale légale.

La loi de 1910 crée les retraites ouvrières et paysannes.

La loi de 1928 porte sur les assurances sociales qui ont pour but de protéger les travailleurs contre les conséquences économiques, les maladies et la vieillesse.

Le congédiement (rupture par l'employeur du louage de service) n'est plus un acte discrétionnaire. Les lois de 1890 et 1928 créent un délai préavis. Le juge peut accorder des dommages et intérêts au salarié abusivement congédié.

La loi de 1982 institue une procédure de conciliation pour prévenir ou régler les conflits collectifs.

La loi du 21/03/1884, (Valdecq – Rousseau) légalise les organisations syndicales.

L'homme n'est plus seulement qu'un citoyen disposant de droits politiques, c'est également un homme social ayant besoin d'être regroupé. L'état donne au citoyen un autre mode d'expression que le vote ou la grève, il peut être représenté par quelqu'un du même milieu que lui. Mais il existe une déconnexion entre les représentants et les représentés.

2) 1936 : épanouissement de notre droit du travail.

Avec le front populaire progrès social. La loi de 1919 reconnaît le droit aux organisations syndicales de conclure des conventions collectives pour ces seuls membres.

1936, les conventions collectives conclues par des organisations syndicales s'appliquent à tous les salariés.

Les accords de Matignon du 8/06/36 entre la CGT et la CGPF (c'est le MEDEF de l'époque, confédération générale de la production française) sont les premières négociations entre le patronat et les syndicats = légitimation du pouvoir syndical.

Multiplication des grèves avec occupation des usines pour appuyer les revendications.

Conciliation obligatoire.

Une convention collective est un traité de paix et une loi de la profession plus simple qu'un contrat.

Les DP apparaissent dans les entreprises (élus par les salariés).

Semaine de 40 heures et congés payés.

Période du front populaire = changement sous influence :

- Idéologie républicaine.
- Organisation ouvrière en essor.
- Mutation organisationnelle des entreprises.

Avec le régime de Vichy, on tente avec la charte du travail de 1941 d'acclimater en France les corporations évoquant le fascisme italien et allemand.

3) les conquêtes sociales de la libération.

Nouvel essor du droit du travail. Le préambule de la constitution de 1946 crée des droits sociaux « particulièrement nécessaire à notre temps » à côté des droits politiques (droit de grève, droit de protection de la santé, liberté syndicale).

Art 1 de la constitution fait de la France une république sociale.

Les DP réapparaissent et les CE sont créés à la libération. Ils sont composés du chef d'entreprise, de représentants élus du personnel et d'observateurs syndicaux.

Création de la SS : dès lors cette garantie tendait à bénéficier à des indépendants, le risque garantie n'est plus seulement lié au travail, les problèmes familiaux prenaient le premier plan, donc ça sort du droit du travail. C'est le service public de protection sociale pour protéger tous les actifs contre l'ensemble des risques sociaux comme la maternité, la vieillesse, la maladie et les charges de famille. La branche chômage a été créée plus tard.

La SS : fonctionne sur la base du paritarisme (employeurs et syndicats) tempéré (création de la SS par l'état).

L'UNEDIC (branche chômage) = paritarisme pur (car se sont les partenaires sociaux qui l'ont créée par convention collective) jusqu'en 2001 car Aubry n'a pas habilité la convention = obligation de renégociation = l'état est sorti de sa compétence.

II) La maturation du droit du travail.

Les 30 glorieuses représentent une période faste :

- A partir des années 50, la politique contractuelle se met en place. On privilégie la négociation par les partenaires sociaux plutôt que par l'état (sauf dans le domaine des rémunérations). Impossibilité pour l'état de déléguer au niveau intermédiaire. Négociation au niveau des branches professionnelles, interprofessionnelles. L'état est présent par le biais de l'administration du travail (inspection du travail).
- La représentation collective des salariés dans l'entreprise est renforcée. Maintenant il existe des contrôles et des sections syndicales (groupement de syndiqués d'un même syndicat dans une entreprise). Elles disposent de locaux et sont plus proches des autres salariés.
- Le contrat de travail n'est pas en mesure d'assurer à lui seul une protection aux salariés surtout contre le licenciement. En 1973, apparaît le droit de licencier un CDI, il doit être causé et avoir un motif réel et sérieux = intervention du juge prud'homale.
Distorsion entre IRP et négociation.

III) Moments euphoriques.

1981 – 1982 : les réformes Auroux ont un caractère général. C'est un ensemble de réformes voulant concilier « réalisme et utopie ».

A) Les ordonnances.

Les ordonnances réduisent la durée légale du travail à 39 heures (- 1 heure), augmentation des congés payés (cinquième semaine), tentent de réglementer le travail temporaire et le CDD (travail précaire) et souhaitent que le temps partiel soit choisi, et en plus la retraite à 60 ans.

B) Les lois.

Les lois Auroux de la seconde moitié de l'année 82 démontrent la volonté de changer les rapports sociaux, principalement dans l'entreprise sans remettre en cause la structure de l'entreprise :

- Le travailleur est un citoyen dans l'entreprise (possibilité d'expression sur ces conditions de travail).
- Pas de démocratie sociale dans les entreprises sans IRP.
- Les syndicats représentatifs doivent être l'interlocuteur du patronat (NAO pour éviter les conflits).

La loi du 4/08/82 est un tournant dans les relations entre employés et employeurs (droit d'expression dans les entreprises).

Contrôle obligatoire quand au moins 50 salariés dans l'entreprise ; DP obligatoires quand 11 salariés dans l'entreprise mais c'est peu respecté.

Les droits collectifs et individuels sont complémentaires (pas de droit individuels en droit du travail sans droit collectifs).

La convention collective se fait pour et au nom d'un ensemble de salariés.

IV) Quel avenir pour le droit du travail ?

Apparition de la crise de l'emploi dans le milieu des années 80 et qui persiste. Le ministre du travail devient également celui de l'emploi et de la solidarité, aujourd'hui également de la cohésion sociale.

LECON 2 : MODE DE POSITIONNEMENT ET MODE DE PRODUCTION.

Mode de travail pour qui ? Comment ?

I) Champ de déploiement du droit du travail.

A) Les actifs du secteur privé.

a) Les actifs salariés.

Le droit du travail régit les rapports collectifs et individuels liés au contrat de travail. Cela suppose l'existence de travailleurs placés dans la posture d'une subordination juridique, quelque soit l'entreprise, le type d'activités ou l'employeur qui n'est pas nécessairement un chef d'entreprise (association professionnelle par exemple). S'il existe une relation de dépendance, le droit du travail s'applique quelque soit les modalités de dépendance.

b) Les actifs indépendants.

90 % des actifs en France sont des salariés indépendants exclus du droit du travail. Pas de définition légale de cette catégorie de travailleurs. Déterminé par la conjonction de critères formels (inscription à la chambre des métiers) et matériel (autonomie).

c) Les exceptions.

Le droit du travail étend son domaine à des catégories qui ne relèvent pas du monde salarial comme les chômeurs (livre 3 titre 4 du code du travail relatif aux travailleurs privés d'emploi).

S'étend également au primo demandeurs d'emploi (personnes qui n'ont jamais travaillé).

B) Les actifs salariés du secteur public ou assimilés.

Les particularismes du droit public exclu l'application du droit commun pour faire face à la nécessité du service public.

Forme d'emploi contractuel privé – public (emploi jeune).

Les salariés des entreprises comme la SNCF ont un statut de droit privé (contrat de droit privé géré par le droit administratif). Pour la jurisprudence administrative, les dispositions du code du travail s'appliquent aux EPA ou EPIC soumis au statut réglementaire mais seulement si la loi l'a expressément prévue.

Toute modification du contrat suppose l'accord des 2 parties (art 1134 CC et également dans le code du travail).

Toutefois les principes peuvent être écartés s'ils sont incompatibles avec la nécessité du service public (CE vigilant sur les missions de service public).

Pour la cour de cassation il faut appliquer la norme la plus favorable au salarié en cas de conflit de normes car c'est un principe fondamental. Arrêt de 2003 « SNCF ».

II) La création du droit du travail.

A) Les sources étatiques.

1) Les sources nationales.

a) Le droit constitutionnel du travail.

Affirmation par le texte constitutionnel de certains droits, ces principes ont eu des conséquences directes :

- CE 7/07/50 « Dehaene », reconnaissance du droit de grève des fonctionnaires.
- Egalité professionnelle entre homme – femme.

Le conseil constitutionnel c'est fondé souvent sur le préambule de 1946. En 1983, « droit à l'emploi » pour valider le droit du cumul à l'emploi et à la pension de retraite.

b) Les lois et règlements.

Art 34 de la constitution. Importance du code civil dans la partie sur les obligations comme l'art 1142 CC.

Utilisation du code pénal pour les discriminations, délit d'imprudance, d'entrave (si les droits syndicaux ne sont pas respectés).

Droit commun (pour les entreprises en difficulté).

c) La jurisprudence.

La cour de cassation est un organe suppléant de définition des grandes orientations du droit du travail. Cela lui permet d'évoluer et de s'adapter aux situations modernes. Ex : valorisation du contrat de travail ; impose à l'employeur en cas de licenciement économique une obligation de reclassement des salariés.

2) Les sources internationales.

a) Les sources traditionnelles.

La France est liée par de nombreux traités bilatéraux dont certaines clauses sont relatives au droit du travail avec les pays d'immigration.

La ratification de beaucoup de conventions de l'OIT (créée en 1919). C'est le dernier survivant des satellites de la SDN. Aujourd'hui rattaché à l'ONU. Elle

dispose d'un exécutif qui est le BIT. Elle élabore les projets de traités qui sont offerts à la ratification des états après l'adoption à la majorité des 2/3 par conférence internationale (regroupe les états, le patronat et les syndicats de chaque pays représenté). Le niveau des normes protectrices de l'OIT est souvent faible car elles doivent être ratifiées par tous les pays. L'OIT est impuissante face au dynamisme de l'OMC.

b) Le droit communautaire.

Apport controversé. Faute d'avoir réalisé l'égalesation par le progrès avec le traité de Rome, l'union européenne est accusée de tous les maux comme lors du dernier référendum.

Du traité de Maastricht à la charte des droits fondamentaux proclamée le 7/12/2000, le droit communautaire (dispositions des traités ou actes dérivés) laissent les états membres libres conserver ou édicter des dispositions plus favorables aux travailleurs.

B) Les sources non étatiques.

1) La coutume et les usages.

a) Les usages.

3 types :

- Locaux.
- Professionnels.
- Contractuels.

Les usages locaux sont surtout à l'origine du droit du travail. Ils constituent la seule protection des salariés. C'était plus des usages contractuels supplétifs que des coutumes obligatoires.

Les usages professionnels sont fréquents dans le code du travail. Art L 122-5 relatif au préavis, art L 223-6 et L 223-13 du code du travail relatifs aux congés payés. Le contrat individuel ne peut pas écarter un usage au profit d'une clause moins favorable pour le salarié.

Les usages contractuels sont applicables au titre de l'art 1160 CC : « on doit suppléer dans le contrat les clauses d'usages (...) ». Parfois, les clauses sont défavorables aux salariés comme l'art L 222-4 du code du travail : « l'apprenti à l'obligation de ranger l'atelier ». Ils ne s'appliquent que faute de clauses contraires.

Sous le vocable d'usages d'entreprises, la cour de cassation consacre la force obligatoire des pratiques adoptées par les employeurs (ex : instauration d'une

prime). S'ils sont suffisamment généraux et suivis pour faire légitimement naître chez l'employé la croyance en l'existence d'un avantage acquis.

Pour faire cesser l'usage, l'employeur devra le dénoncer. Sociale, 25/02/88.
Egalement possibilité de conclure des conventions collectives pour abroger des usages. Sociale, 19/12/90.

b) Il peut sembler que certaines solutions jurisprudentielles qui dérogent à des règles impératives, conduisent à l'existence d'une véritable coutume. Ex : la preuve de l'existence du contrat de travail peut se faire par tous moyens par dérogation à l'art 1341 CC. Car les salariés sont dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit car il est subordonné à l'employeur.

Cassation 27/03/01, a posé le principe suivant lequel en matière prud'homale la preuve est libre. Quand la question de l'existence du contrat de travail se pose devant une autre juridiction que le CPH la preuve reste toujours libre.

2) Négociation collective.

Apparue en 1919, les conventions collectives respectaient les principes individualistes car elles n'étaient applicables qu'aux seuls syndiqués. Avec les accords de Matignon en 1936, les conventions collectives deviennent applicables à toute la collectivité des salariés car les syndicats sont déclarés comme étant représentatifs.

Les conventions collectives ne sont pas classable dans une catégorie juridique existant. L'accord est conclu entre un syndicat salarié et un groupement d'employeurs ou un employeur. Ce contrat a vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés syndiqués ou non.

P. Durand a décrit cette particularité comme relatant la nature duale (dualiste) de la convention collective. Car c'est un acte de droit privé à la base ayant des effets réglementaires.

Il existe différents types d'accords :

- CCB (convention collective de branche), règle le sort de l'ensemble d'une profession.
- Les accords d'entreprise, voir d'établissement, généralement améliorent le contenu de la CCB.
- L'ANI (accord national interprofessionnel), valable pour l'ensemble du secteur privé.

Le droit des conventions collectives a connu des changements avec la loi Fillon du 4/05/04. La loi a pour origine les partenaires sociaux signés en 2001, ils demandaient l'extension de leur champ d'intervention et donc de la révision de

l'art 34 de la constitution. Une délégation importante de l'état vers les partenaires sociaux permettrait à l'existence d'une négociation légiférante c'est-à-dire que les partenaires sociaux en négociant disposeraient par-là même de la capacité à légiférer. Le gouvernement a pris « l'engagement solennel de songer à cette proposition ».

3) L'acte unilatéral de l'employeur.

L'existence du pouvoir réglementaire du chef d'entreprise est une réalité ancienne. Pendant longtemps, les tribunaux et la doctrine ont même fait semblant de voir dans les règlements patronaux de simples annexes du contrat de travail.

C'est la loi du 4/08/1982, qui en donnant au règlement intérieur un fondement légal indiscutable a consacré sa nature d'acte unilatéral. L'art L 122-33. La cour de cassation a qualifié le règlement intérieur dans un arrêt du 25/09/91 d'acte réglementaire de droit privé.

III) Une juridiction spécialisée.

A) Un juge spécialisé à compétences limitées : le conseil des prud'hommes.

Le CPH est une juridiction paritaire élue par les employeurs et les salariés. Il a le monopôle des litiges du contrat de travail. On considère que le juge professionnel n'est pas le mieux placé pour traiter des affaires professionnelles. But est de mieux saisir les enjeux des conflits.

Au dix – neuvième siècle, le juge du CPH était un bourgeois éloigné à la fois de l'ouvrier et du patron s'il était artisan.

Art L 511-1 du code du travail, au CPH le bureau de conciliation est obligatoire.

Art R 516-6 du code du travail = oralité de la procédure.

Le CPH est divisé en 5 sections : encadrement, industrie, commerce, agriculture, activités diverses.

Les compétences du CPH :

- Se limitent aux litiges individuels (il ne peut pas connaître du contentieux collectif). Quand à eux, ils sont de la compétence du TGI, quand il y a conflit entre syndicats et employeur pour la licéité d'une clause de la convention collective. Le TGI est également compétent pour les litiges liés à une grève ou à une occupation des locaux par les travailleurs. Le TI est compétent pour connaître du contentieux des élections dans l'entreprise.

- Le CPH peut par voie d'exception interpréter les conventions collectives seulement s'il s'agit de déterminer l'étendue des droits individuels d'un salarié.
- Il peut se prononcer sur la légalité d'une clause d'un règlement intérieur d'entreprise si une telle appréciation est nécessaire pour trancher le litige qui porte sur une sanction disciplinaire.
- Parfois, il doit juger de la licéité d'une grève pour statuer sur des licenciements qui lui font suite. Quand il juge du contrat de travail, il se prononce ainsi par voie d'exception sur une question d'ordre collective. Sa décision n'a d'autorité de la chose jugée que pour ce qui à trait au rapport individuel.

B) Un contentieux éclaté.

Cela tient au fait que le CPH n'a qu'une compétence partielle, et à l'intervention fréquente de l'administration dans les rapports collectifs du travail. Ex : le licenciement des IRP est soumis à l'autorisation administrative préalable de l'inspecteur du travail ; de même pour qu'une convention collective face l'objet d'un arrêté d'extension.

= émergence d'une jurisprudence administrative du travail. Extension également du droit pénal du travail.

Le droit du travail s'attache qu'à une partie de la population. Un mode de production original de part sa diversité et enfin une juridiction spécialisée.
= le droit du travail semble être effectivement une branche particulière du droit. L'originalité de ce droit tient à l'articulation constante entre les droits collectifs et les droits individuels, entre la collectivité des salariés et les salariés comme individus, entre ces même salariés, leurs représentants et l'état.

LECON 3 : LES ESPACES D'EXPRESSION DE LA COLLECTIVITE DU TRAVAIL.

Syndicats : (représentatifs).

- FO.
- CGT.
- CFDT.
- CFTC.
- CGC – CGE.

Existe également :

- UNSA.
- SUD
- Groupe des 10.

Les premiers sont représentatifs alors que les 3 autres eux, doivent prouver leur représentativité pour pouvoir négocier. On prouve au niveau où on négocie, c'est le principe de concordance.

L'enjeu de la représentativité c'est de pouvoir instituer un contrôle dans l'entreprise (élus). Mais parfois, certains sont désignés. L'un comme l'autre permettent l'expression de la communauté des salariés, pas de concurrence entre eux.

I) Les cadres de la désignation.

Définition du cadre géographique de la désignation : assurer la représentation effective des travailleurs à tous les niveaux.

A) Les niveaux de désignation.

Tantôt le droit découpe les entreprises en établissements distincts, tantôt à l'inverse il rassemble plusieurs personnes morales, considérant qu'elles ne constituent en réalité qu'une seule entité économique et sociale.

1) L'établissement distinct.

a) Raisons d'être.

C'est le niveau le plus bas. La loi institue les DP et les DS dans les établissements. Les syndicats, eux, ont intérêt au découpage des entreprises car cela multiplie les mandats et augmente le nombre de salariés protégés (IRP). Dans la plupart des cas, le découpage des établissements va de soi. Il correspond à une unité de travail stable et géographiquement distincte. Dans d'autres cas, la situation est plus complexe. Le but est d'adapter au mieux les structures de représentation à la diversité des situations.

Le but est dans chaque cas d'espèce d'assurer les conditions nécessaires au bon fonctionnement des institutions en cause.

b) Critère secondaire.

L'établissement distinct est une unité géographique et technique de production dépourvue de personnalité propre. Ex : un atelier, un chantier, une usine ou un siège social.

Ce critère matériel est secondaire.

Il ne peut se retourner contre l'intérêt collectif des salariés.

Ex : une entreprise à son siège à Amiens, son unité de production est à Lille où il y a 20 salariés. Une autre unité de production est à Saint-Quentin où il y a 10 salariés. A Amiens il y a 40 salariés. Le chef d'entreprise ne pourrait paradoxalement invoquer l'existence de 3 établissements différents en dessous du seuil des 50 salariés, pour s'opposer à la constitution d'un CE élu par l'ensemble des salariés et rattaché au centre de décision. Il ne pourra pas s'opposer à la désignation d'un DS. Il y a la possibilité d'instituer des DP à Lille et Amiens (il faut 11 salariés). Si le juge estime que c'est dans l'intérêt de l'entreprise et des salariés de ne pas reconnaître 3 établissements, il y aura un CE pour les 3 entreprises = pour le CE (pas de division en établissements), 1 DP, 1 DS, 1 CE. Le but est d'assurer la représentation du personnel.
= les petites unités peuvent être rattachées à un centre plus important et relativement proche.

c) Critère fonctionnel.

La jurisprudence considère la notion d'établissement distinct comme étant fonctionnelle ce qui signifie que les salariés doivent être regroupés de façon à assurer le meilleur fonctionnement des institutions en cause. Par conséquent, la notion d'établissement distinct est également relative. C'est-à-dire que même un établissement peut être considéré comme distinct pour l'élection des DP et ne pas justifier la mise en place d'un CE.

DP = défendre les droits ; CE= intérêts économiques.

Désignation des DP et DS :

- Les DP rapportent les revendications individuelles et collectives des salariés. Leur nombre est de un DP pour 11 salariés. Il faut que le DP soit présent et non extérieur à la communauté et même si le chef de l'unité ne dispose pas d'un large pouvoir. Il est facilement admis que cette communauté forme un établissement distinct afin de permettre au(x) DP élu(s) au sein de cet établissement d'exercer au mieux leur mandat.
Sociale, 26/02/03.
- Pour les DS, le juge partira des fonctions revendicatrices et négociatrices de celui-ci.

Arrêt du 20/01/03 = DP.

Arrêt du 24/04/03 = DS.

= « constitue un établissement distinct le regroupement d'au moins 11 salariés pour les DP et de 50 salariés pour les DS constituant une communauté de travail susceptible de générer des réclamations pour les DP, des revendications pour les DS, communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait les pouvoirs de ce prononcer là dessus ».

Pour le DS, c'est l'action revendicatrice qui est la principale. La fonction est distinguée de la négociation, parce que le DS peut se trouver sans interlocuteur direct disposant d'une délégation de négocier (afin de conclure un accord d'établissement).

En cas d'échec des négociations entre l'employeur et les IRP c'est le TI qui statuera sur la séparation en établissement ou non.

Le CE est consulté en matière économique. L'unité de base n'est pas qualifiée d'établissement distinct au regard de la constitution d'un comité d'établissement sauf si elle dispose à sa tête d'un responsable disposant d'un réel pouvoir de gestion.

Une entreprise peut disposer d'un établissement distinct au sens DP-DS et non au sens d'un comité d'établissement si la direction économique de ces établissements est gérée par le siège.

Ex : 700 établissements distincts pour les DS et moins de 30 comités d'établissements à l'échelon régional = il existe des comités central d'entreprise. La compétence n'est plus judiciaire mais administrative.

S'il n'y a pas d'accord entre l'employeur et les syndicats la question est tranchée par la direction départementale du travail et de l'emploi (DDTE) sous le contrôle du juge administratif.

Pour le juge administratif la reconnaissance de l'existence d'un établissement distinct suppose une certaine autonomie de gestion c'est-à-dire une relative autonomie économique sous l'autorité d'un chef d'établissement responsable. Le législateur confond parfois entre entreprise et établissement = problème.

B) L'unité économique et sociale.

a) Les raisons d'être.

Elle fût insérée dans le code du travail en 1982 avec les lois Auroux. Il s'agissait avant d'une création prétorienne émanant de la chambre criminelle de la cour de cassation. A l'origine certains chefs d'entreprise étaient hostiles à la présence de syndicats dans leur entreprise et ils ont tenté d'échapper à la loi de 1968 (DS dans les entreprises) en divisant leurs entreprises en plusieurs sociétés juridiquement différentes avec pour chacune moins de 50 salariés.

Quand constatation de fraude par le juge = constitution du délit d'entrave.

Dans l'arrêt du 8/06/72, la chambre sociale retient l'existence d'une entreprise unique en se fondant sur la fraude, considérant qu'il n'existe alors qu'une entreprise, le juge fait tenir l'élection dans un cadre unique.

La jurisprudence de la chambre sociale du 19/12/72, se prononce pour l'organisation des élections dans un cadre unique quand plusieurs sociétés constituent une UES.

L'autonomie des sociétés séparés masque une réalité commune, et ignorer cette réalité commune réduit le champ de compétence des IRP qui n'auraient pas une approche globale de la situation.

= une structure commune de représentation doit transcender une vision étreiquée de sociétés juridiquement indépendantes.

b) Les critères.

Au-delà de l'écran sociétaire le but est de rechercher si sous le voile de la personnalité juridique distincte se cache une seule et même entreprise appelée UES. Il faut qu'il y ait une unité économique puis une unité sociale pour constituer l'UES.

* l'unité économique résulte de la concentration du pouvoir dans les mêmes mains au service d'un même objet ainsi que de l'identité ou de la complémentarité des activités. Ex : comptabilité et informatique commune ; locaux communs ; services généraux communs ; communauté de but et communauté d'activités.

* l'unité sociale implique l'existence d'une même communauté en dépit de la diversité des sociétés. Parmi les éléments de faits seront retenus l'identité de statut ou la gestion sociale proche, mais également un personnel interchangeable (ex : un règlement intérieur commun).

On retient donc le caractère interchangeable du personnel et l'existence de services administratifs collectifs (règlement intérieur), gestion du personnel commun.

c) Les IRP.

Contrairement à l'établissement distinct, l'UES ne varie pas selon les IRP en cause. Mais par contre la désignation de DS dans l'unité n'implique pas que l'élection des membres du CE se déroule dans le même cadre compte tenu de la finalité propre de chaque institutions.

d) Le groupe et l'UES.

Les indices qui caractérisent l'UES sont plus exigeants que ceux qui caractérisent le groupe. Alors que le groupe s'accommode du contrôle d'une entreprise par une autre, contrôle qui conduit à une réelle indépendance, l'UES résulte de la fusion de plusieurs entités en une seule entreprise.

Pourtant un certain nombre de négociation menées dans des grands groupes ont entraîné la création de comités de groupe s'ajoutant différent CE. Ces accords ont inspiré tant des textes législatifs interne (loi Fillon) que la directive européenne du 22/09/94 sur les comités d'entreprise européen.

= la raison d'être de ces deux institutions est de rendre effectif les droits collectifs en veillant à assurer la présence et le bon fonctionnement des IRP.

II) Processus de désignation.

Il est différent selon les représentants. Les DP sont élus par les salariés des entreprises et les DS sont désignés par les syndicats. Comme le nombre de représentants se modifie en fonction de l'entreprise il faut calculer les effectifs de l'entreprise avant de procéder soit au choix de l'opération syndicale soit à l'élection.

A) L'appréciation des effectifs.

Certains salariés sont éliminés des décomptes c'est le cas des contrats emploi formation, contrat d'accès à l'emploi, contrat initiative emploi et cadres assimilés à l'employeur.

Inversement pour neutraliser les opérations d'extériorisation des emplois, les salariés mis à disposition et participants au processus de production de l'entreprise (intérimaires détachés) sont pris en compte au prorata de leurs horaires de travail alors qu'ils n'en font pas partie et sont donc ni électeurs ni éligibles.

L'ordonnance du 24/06/04 a unifié et donc simplifié le décompte des effectifs par l'art L 620-10 du code du travail.

Les effectifs sont appréciés à des dates différentes selon qu'il s'agit de la création d'institutions ou de son renouvellement. En cas de création il faut que le seuil (11 ou 50) ait été atteint pendant 12 mois consécutifs ou non sur les 3 années précédentes. En cas de renouvellement, les effectifs sont calculés à la date de l'élection.

Si les effectifs peuvent augmenter, ils peuvent diminuer également, dans ce cas le nombre de mandats attachés à chaque institutions est automatiquement réduit lors de son renouvellement.

La suppression d'institutions est alors subordonnée à des conditions rigoureuses :

- Pour le CE ou les DS, elle peut être opérée que par accord avec les syndicats représentatifs. En cas de désaccord il faut l'autorisation du directeur départemental du travail.

B) Effectivité du choix des représentants.

1) Les opérations électorales.

Les élections des DP et du CE donnent la possibilité aux personnels d'exprimer leur choix au suffrage universel direct. Elle permet également aux syndicats de mesurer leur représentativité réelle devenue nécessaire pour la validité des accords majoritaire (loi du 4/05/04). Il faudra qu'ils soient majoritaires dans l'entreprise pour que leur signature entraîne l'applicabilité de l'accord.

a) Périodicité.

Le mandat des DP et du CE est de 2 ans.

b) Le protocole pré - électoral.

Les partenaires sociaux sont tenus de négocier un protocole pré – électoral et c'est l'employeur sous peine de délit d'entrave qui doit inviter à la négociation de cet accord tous les syndicats représentatifs.

L'employeur est responsable de l'organisation des élections. Si ces initiatives n'aboutissent pas (pas de signature d'accord) l'employeur doit adresser un procès verbal de carence à l'inspecteur du travail.

Si un syndicat ou un salarié demande la tenu d'élections l'employeur devra s'exécuter dans un délai d'un mois.

Le protocole est conclu à l'unanimité des collèges électoraux. Il doit respecter les principes généraux du droit électoral (art L 423-13 alinéa 3 du code électoral).

S'il n'y a pas d'accord c'est le TI qui décide en dernier ressort.

Objet du protocole :

- Il doit répartir le personnel entre les collèges. Pour les DP il y en a 2, ouvriers et employés – ingénieurs et techniciens et agents de maîtrise. Pour le CE possibilité d'un troisième collège s'il y a au moins 25 cadres dans l'entreprise.
- Il doit répartir les sièges entre les catégories de personnel en fonction des effectifs.

= c'est l'inspecteur du travail qui tranche sans accord du personnel.

- Définition des modalités de vote (jour, horaire, lieu, modalité de vote par correspondance, forme et couleur des bulletins).

= c'est le juge d'instance qui est compétent en cas de problème.

c) Electorat et éligibilité.

* pour être électeur il suffit d'avoir 16 ans, 3 mois d'ancienneté et ne pas avoir subi de condamnation privative des droits civiques. Il n'est pas nécessaire d'avoir la nationalité française. Les salariés dont le contrat est suspendue peuvent également voter.

Pour l'élection des DP, les salariés mis à disposition sont également électeurs. Le chef d'établissement et les cadres susceptibles de représenter l'employeur dans les rapports avec l'entreprise ne sont pas électeurs.

= les listes électorales, qui doivent être affichées dans l'établissement, peuvent être contestées devant le juge d'instance.

* pour être éligible, il faut être électeur, avoir 18 ans et un an d'ancienneté. Les membres proches de la famille du chef d'entreprise ne sont pas éligibles.

Les salariés dont le contrat de travail est durablement suspendue (fonction de permanence syndicale nationale par exemple) sont devenus inéligibles, car ils cessent de travailler dans l'entreprise.

Le cumul de mandat est admis.

P.Rosenvallon appelle ces salariés les « fonctionnaires du social ».

d) Le scrutin.

Au premier tour, seules les organisations syndicales représentatives peuvent présenter des listes. Si le nombre de votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits un second tour est organisé.

Lors de ce second tour des listes autres que celles des organisations syndicales représentatives peuvent se présenter. Le vote est secret et les bulletins sont dans des enveloppes.

C'est un scrutin à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

Les syndicats, les salariés, ou le chef d'entreprise peuvent demander au TI la mise en place d'un dispositif de contrôle des opérations électorales. Le scrutin a lieu pendant le temps de travail.

2) La désignation des délégués syndicaux.

Il faut atteindre le seuil des 50 salariés.

Pour pouvoir être désigné comme DS il faut remplir les conditions d'éligibilité évoquées précédemment. Une section syndicale est requise mais l'existence d'une section syndicale est établie par la seule désignation d'un contrôle. Arrêt de la chambre sociale du 27/05/97.

Une fois désigné par le syndicat, le nom est communiqué à l'employeur par LRAR ou remis en main propre à l'employeur avec réciprocité. C'est la date de réception de la lettre de désignation qui détermine quand le DS bénéficie de la protection légale contre le licenciement.

Par attraction du contentieux électoral, compétence du TI (art L 412-15) et les actions éventuelles doivent être introduites dans les 15 jours suivants la désignation. Passé ce délai la désignation est dite « purgée de tout vice ». Le TI doit statuer dans les 10 jours.

Les modalités de désignation des autres DS (CE par exemple) est identique.

= la représentation dans l'entreprise est nécessaire pour permettre un échange entre les parties qui peuvent avoir des intérêts opposés. En réalité, il semble que le rôle de ces représentants est continuellement de trouver un équilibre entre les intérêts particuliers et les intérêts collectifs.

Il n'est pas facile d'être représentant dans une entreprise.

LECON 4 : L'EXPRESSION INDIVIDUALISEE DE L'INTERET DES SALARIES.

265000 DP représentent la moitié des représentants en fonction car ils sont les seuls présents dans les PME. Cependant, 2/3 des établissements employant entre 11 et 50 salariés n'ont pas de DP.

Ils sont les premiers à avoir été créés dès la fin du dix-neuvième siècle, en cas de conflit collectif, le chef d'entreprise ne pouvait négocier individuellement avec les grévistes. Il leur demandait parfois d'élire un des leurs chargé de parler en leur nom.

On institutionnalise la pratique au moment du Front Populaire et les accords de Matignon créent les délégués ouvriers dans les entreprises de plus de 10 salariés. Ils disparaissent entre 39 et 45 et renaissent par la loi du 16/04/46.

Les DS apparaissent le 27/12/68. Certains y ont vu une possibilité de concurrence entre les 2 représentants. Mais c'est plutôt une optimisation (DP présente les réclamations et DS est en charge des négociations).

I) DP : missions et moyens d'action.

La loi leur permet de porter des réclamations et les érige en correspondant local de l'inspecteur du travail (art L 422-1 du code du travail).

Depuis 1992, ils sont également délégués aux libertés individuelles (mission ignorée ou mal connue).

La loi du 28/10/82 leur a conféré un rôle de suppléance des autres institutions.

A) Les missions générales du DP.

1) Les réclamations.

Le terme de réclamation aurait pu être entendu largement pour recouvrir l'ensemble des demandes que les salariés peuvent voir à adresser à l'employeur.

Revendication : elles tendent non pas au respect du droit applicable et des obligations de l'employeur mais à l'amélioration de la situation juridique des employés. Les DP peuvent seulement présenter des réclamations à l'employeur qui tendent au respect des droits acquis des salariés et de la réglementation.

Criminelle 24/05/73.

2) Les raisons tenant à cette distinction.

L'art L 424-4 fait obligation aux employeurs de recevoir les DP une fois par mois. Sauf circonstances exceptionnelles (par exemple les grèves) les DP remettent à l'employeur 2 jours ouvrables avant la réunion une note écrite exposant les demandes présentées (art L 424-5).

L'employeur doit répondre par écrit dans les 6 jours ouvrables suivants la réunion.

= la procédure correspondant à un début de négociation.

La violation par l'employeur de cette obligation constitue un délit d'entrave aux fonctions de DP et est donc pénalement sanctionné (art L 482-1 = 1 an de prison et 3750 euros d'amende).

Si récidive = 2 ans de prison et 7500 euros d'amende.

La chambre criminelle n'a pas voulu inclure les revendications dans les réclamations pour ne pas obliger l'employeur à répondre formellement aux demandes d'améliorations présentées par les salariés.

3) La loi du 30/12/92.

L'art L 422-1-1 confère un nouveau rôle aux DP, il les fait défenseur du droit des personnes et des libertés individuelles. C'est un droit d'alerte qui vise une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux

libertés individuelles dans l'entreprise. Cette atteinte ne doit pas être justifiée par la nature de leurs tâches à accomplir, ni proportionnée aux buts recherchés. La loi de 1992 fût suivie par la loi du 17/01/02 relative à la modernisation sociale qui associe les DP à la lutte contre le harcèlement sexuel homme – femme.

12 ans après la loi de 1992 = le droit d'alerte est un contentieux annuel.

B) Les moyens d'action des DP.

Le DP en tant que représentant du personnel doit pouvoir utiliser une partie de son temps de travail pour exercer sa mission sans retenue sur salaire.

Les heures de délégation (crédit d'heures) ne doivent pas faire l'objet d'une rubrique particulière sur le bulletin de paie. Il ne faut pas que les salariés DP subissent une discrimination.

Le crédit de base est de 15 heures par mois. Il est réduit à 10 heures si l'entreprise a moins de 50 salariés. Le crédit est supérieur à 15 heures par mois si le délégué exerce sa compétence dérivée en l'absence de CE. Il bénéficie d'une présomption de bonne utilisation de son crédit = l'employeur doit verser l'intégralité de son salaire (pas de retenue sur salaire). S'il y a un problème il peut contester, mais après le paiement du salaire, devant le CPH pour rembourser le trop perçu. Quand survient un litige c'est essentiellement pour l'utilisation des heures à de fins syndicales qui n'entrent pas dans sa compétence.

L'employeur peut demander au représentant de lui indiquer la manière dont il a utilisé son crédit au besoin par un référé prud'homale. C'est ensuite à l'employeur d'apporter la preuve devant le juge du fond que cette utilisation n'entre pas dans le cadre du mandat (a posteriori).

Pour la cour de cassation le temps consacré par un DP pour préparer sa défense lors d'une contestation par l'employeur des heures de délégation entre dans l'exercice du mandat. Sociale 26/05/99.

Parfois le crédit de base est totalement utilisé mais un dépassement s'avère nécessaire en raison de l'apparition d'un mouvement revendicatif par exemple. Dans ce cas, le DP peut opérer un dépassement sur son temps de travail mais le régime est inversé c'est-à-dire que l'employeur peut refuser de verser la totalité du salaire en contestant le bien fondé du dépassement. A la différence du crédit de base il n'y a pas de présomption de bonne utilisation.

= le DP peut saisir le CPH, il y apportera la preuve du bien fondé de ce dépassement. Où alors une action civile au pénale pour entrave résultant de l'amputation injustifiée des rémunérations.

Parmi les moyens propres dont dispose le DP figure également le droit pour eux de s'entretenir avec les salariés à leur poste de travail (art L 424-3) et le droit d'accompagner l'inspecteur du travail quand celui – ci visite l'entreprise. Le DP est délié de toute obligation de discrétion avec l'inspecteur du travail. Dans la limite que les déclarations ne doivent pas dépasser les limites de sa mission.

Pour garder le contact avec le personnel, les DP peuvent afficher leurs communications sur un panneau d'affichage que l'employeur doit leur fournir à cet effet.

Possibilité d'agir pour que le DP s'adapte aux besoins de l'entreprise puisque leur nombre varie en fonction de celle – ci.

Effectifs de l'entreprise entre 11 et 25 : 1 titulaire + 1 suppléant.

Effectifs de l'entreprise de 26 à 74 : 2 titulaires + 2 suppléants.

Effectifs de l'entreprise de 75 à 99 : 3 titulaires + 3 suppléants.

Effectifs de l'entreprise de 100 à 124 : 4 titulaires + 4 suppléants.

Effectifs de l'entreprise de 125 à 174 : 5 titulaires + 5 suppléants.

Effectifs de l'entreprise de 175 à 249 : 6 titulaires + 6 suppléants.

= les missions et moyens impartis au DP, le législateur a réellement voulu organiser une représentation et une expression des salariés par l'intermédiaire de leurs représentants au sein de l'entreprise. Pourtant loin de ces textes, la réalité semble tout autre. La presse nous inonde des dysfonctionnements dans l'entreprise, ce qui semble être un écart monstre en fait que ces droits sont nécessaires et que malgré leur existence rien n'est acquis.

II) Le DS.

Depuis sa création le 27/12/68, le DS joue un rôle central de tout point de vue. Il est l'interlocuteur privilégié de l'employeur en matière de négociation collective, il représente également le syndicat aux yeux de ces camarades. C'est un « homme orchestre » omniprésent dans les grosses entreprises.

Dans les PME, le terme « désert syndical » reste vrai puisque le DS est quasiment absent des entreprises de moins de 100 salariés.

La loi du 28/10/82 a poursuivi la politique lancée en 1968 c'est-à-dire de permettre aux « 5 grands » de s'implanter partout, des petites entreprises de 20 salariés où les DP pourraient être désignés comme DS jusqu'à la plus grande de 2 000 salariés où le syndicat pourra désigner un délégué central pour l'ensemble des établissements (possibilité également d'un délégué « cadre » pour les cadres). Mais dans les faits le nombre de DS baisse avant l'arrivée des salariés mandatés.

Avec les lois de 98-99 Aubry 1 et 2, les salariés mandatés pouvaient négocier le passage au 35 heures s'il n'y a pas de DS dans l'entreprise, certains après sont devenus DS. Le mandat prend fin dès l'issue de la négociation.

Contrairement à la règle de la majorité proportionnelle les caractères du système de l'élection dans le cadre des DP se substitue ici au principe d'égalité. Chaque syndicat représentatif peut désigner un DS dans l'entreprise (un DS dans l'entreprise par syndicat).

A) Les missions.

Selon l'art L 412-11, le DS représente son syndicat représentatif auprès du chef d'entreprise. En réalité 2 sortes d'attributions du DS :

- Exercice des fonctions syndicales.
- A vocation à agir au nom de l'ensemble des salariés (conformément à la représentativité du syndicat qui le mandate).

1) Les fonctions représentatives des salariés de l'entreprise.

Les DS sont les interlocuteurs obligés de l'employeur à l'occasion des négociations et particulièrement lors de la négociation annuelle obligatoire (NAO).

Elle ne peut intervenir qu'en présence de leurs présence. Les représentants syndicaux sont les négociateurs obligés des accords d'entreprise, le DS ne reste pas non plus inactif à l'occasion des conflits collectifs même si la loi à se sujet ne lui donne pas de rôle particulier.

Les services publics, mis à part la grève, n'ont pas de droit syndical même si dans la pratique 90% d'entre elles sont d'origine syndicales (la grève est un droit individuel exercé collectivement).

2) Les fonctions proprement syndicales.

En tant que membre syndical, le DS est très actif et à beaucoup de responsabilité par exemple, affiches, tracts, réunions internes et anime la section syndicale. Les fonctions syndicales, le DS les exerce dans les limites du mandat que lui a donné le syndicat.

Jusqu'en 2003, le DS était habilité à présenter des candidats au premier tour des élections. Maintenant ce n'est plus le cas. Arrêt de la chambre sociale du 12/02/03. Il peut cependant conclure un protocole d'accord pré – électoral. Et ce sans avoir à justifier d'un mandat spécial émanant de son syndicat.

B) Les moyens d'action du DS.

Comme tous les représentants (art L 412-20), le DS dispose d'un crédit d'heures.

Si l'entreprise va de 50 à 150 salariés le crédit d'heures est de 10 heures.

De 151 à 500 salariés = 15 heures.

Au-delà de 500 salariés = 20 heures.

= cela lui permet de quitter son travail pour prendre contact avec les salariés de l'entreprise. Il a également la possibilité d'aller chercher les cotisations auprès des salariés. Il peut sortir de l'entreprise pour aller voir son union locale où même l'inspecteur du travail. La cour de cassation lui donne une liberté d'action presque totale et donc très supérieure à celle des élus dont le mandat est plus étroit. Sociale 23/01/90 : « a admis qu'en montrant dans le cadre de sa mission la participation d'un DS à une manifestation lors de la visite dans la région du chef de l'état, dans la mesure où la démarche a trait à la défense de l'emploi dans l'entreprise ».

III) DP – DS : entre complémentarité et concurrence.

A) Un réaménagement nécessaire.

L'irruption en 1968 du DS a considérablement limité l'intérêt des missions du DP. Auparavant le DP n'avait pas de concurrent. Les fonctions du CE étaient fort différentes à l'époque = le DP était l'interlocuteur unique et obligé du chef d'entreprise tant pour l'application du code du travail et des conventions collectives que pour l'amélioration de ces statuts.

Depuis 1968, la cour de cassation a dû redéfinir son rôle quand il doit cohabiter avec un DS.

Le DP doit veiller à l'application du droit légal et conventionnel dans l'entreprise.

Le DS doit veiller à la modification de ce droit, tant légal que conventionnel.

Cette répartition des rôles ne s'applique que dans les grandes entreprises car dans les petites il n'y a pas de DS et si il existe c'est un cumul des mandats DP-DS.

Cette possibilité de cumuler les 2 mandats pour le DP montre que loin d'être concurrents les 2 représentants peuvent être complémentaires, l'un peut être le suppléant de l'autre.

B) La fonction de suppléance.

Avant 1982, les employeurs avaient un intérêt tactique éventuel, un intérêt financier certain à ne pas procéder à la mise en place du CE ou du CHSCT au-dessus du seuil légal de 50 salariés.

Ils économisaient des heures de délégation, les réunions et le budget social de la communauté. Avec la loi du 28/10/82, et la création du budget de fonctionnement, un nouveau principe est retenu pour ne pas priver les salariés de certains de leurs droits : si une entreprise devant avoir un CE ou un CHSCT, n'en dispose pas, les DP héritent automatiquement des moyens et des missions des institutions manquantes (art L 422-3 et L 422-5).

La mission de suppléance avait en théorie une importance dans l'entreprise entre 50 et 100 salariés.

En fait, plus d'1/4 d'entre eux ne disposent pas d'un CE comme d'un CHSCT.

Ils veillent sur la santé des salariés dans l'entreprise.

Pour que la suppléance existe, il faut que des DP aient été élu. Or statistiquement le nombre de DP est en recul depuis 1985 comme les DS.

Seul la moitié des établissements entre 50 et 100 salariés en sont pourvus (DP) donc il n'y a rien pour assurer la suppléance quand il n'y a pas de DP dans l'entreprise.

En l'absence de CE ou de CHSCT, le nombre de DP augmente ainsi que leurs crédits d'heures (20 heures).

Effectifs de l'entreprise entre 11 et 25 : 1 titulaire + 1 suppléant.

Effectifs de l'entreprise entre 26 et 49 : 2 titulaires + 2 suppléants.

Effectifs de l'entreprise entre 50 et 74 : 3 titulaires + 3 suppléants + 20 heures par mois et par titulaire.

Effectifs de l'entreprise entre 75 et 99 : 4 titulaires + 4 suppléants + 20 heures par mois et par titulaire.

Effectifs de l'entreprise entre 100 et 124 : 5 titulaires + 5 suppléants + 20 heures par mois et par titulaire.

Effectifs de l'entreprise entre 125 et 149 : 6 titulaires + 6 suppléants + 20 heures par mois et par titulaire.

Effectifs de l'entreprise entre 150 et 174 : 7 titulaires + 7 suppléants + 20 heures par mois et par titulaire.

= les DP exercent en l'absence de CE les attributions économiques de celui-ci comme le recours aux experts, l'examen du plan de sauvegarde pour l'emploi (PSE). La question est plus délicate en ce qui concerne la question sociale et culturelle car les DP n'ont pas la personnalité juridique, à l'inverse des DS, pour acheter ou vendre.

La loi du 4/05/04 (loi Fillon) a permis subsidiairement aux DP de négocier un accord collectif mais à 2 conditions qui réinsèrent le syndicat dans le processus :

- La convention de branche doit autoriser cette négociation en dehors du monopôle syndicale (doit expressément le prévoir (négociation avec les DP en l'absence de DS)).
- Le texte signé par les DP ne deviendra accord collectif de travail qu'après sa validation, portant sur la légalité et l'opportunité opérée par la commission paritaire de branche.

= il y a donc une réelle complémentarité entre le DP et le DS.

LECON 5 : EXPRESSION COLLEGIALE DE L'INTERET DES SALARIES.

Le système de représentation à la française se singularise par la superposition des institutions, successivement apparut dans le temps selon le principe de spécialisation des tâches (DP, DS, CE et CHSCT).

Au côté des représentants du personnel (DS – DP) ont été créés des modes d'expression collégiale des revendications des salariés. Des instances sont apparues pour défendre les intérêts des salariés car elles en sont les représentants. Leur organisation collégiale permet la prise en compte de toutes les opinions présentes dans l'entreprise et par-là même l'émanation d'un véritable consensus.

Les particularités qui donnent à ces institutions la collégialité quand au mode d'expression et donc de représentation des salariés, explique le choix d'étudier le CE et le CHSCT.

Contrairement à celle des DP, l'intervention du CE s'inscrit sur un autre plan d'action plus distanciée du fonctionnement au quotidien de l'entreprise. La perspective que le CE à l'entreprise est à la fois plus large et plus importante car c'est à moyen et à long terme et non à court terme comme le DP. La compétence revêt une dimension stratégique et donc politique au sein de l'entreprise = associé étroitement à l'exercice du pouvoir selon une logique de contrôle et de gestion.

Le CHSCT est chargé de veiller à la santé et à la sécurité au travail.

Selon l'art L 236-2-1, « quand plusieurs établissements particulièrement dangereux sont constitués dans le périmètre d'un plan de prévention des risques technologique, un comité inter – entreprise peut être créé par l'autorité administrative ».

SECTION 1 : le CE.

Ordonnance du 22/02/45 prise par le GPRF, puis la loi du 16/05/46. A sa création, esprit de coopération dans l'entreprise mais pas de cogestion de l'entreprise. On octroie au CE d'importantes prérogatives d'information et de consultation.

Le CE est composé du chef d'entreprise qui préside, des représentants des salariés élus sur les listes présentées par les organisations syndicales représentatives lors du premier tour.

Après 1947, la situation des CE se dégrade.

Le législateur renforce l'obligation à la charge du chef d'entreprise d'organiser des élections sous peine de délit d'entrave. Mais beaucoup de CE végètent, surnommés « comités arbre de Noël ». Une certaine reprise est sensible après 1947 avec les conséquences des textes sur la participation aux résultats, puis sur la formation qui lie des avantages financiers à l'intervention des CE. S'y ajoute la forte impulsion donnée à l'activité syndicale dans les entreprises suite aux événements de mai 68. Le taux d'implantation passe de moins de 20% à 80% en 1978.

C'est la meilleure protection des élus qui favorise l'augmentation des CE.

Le CE peut se décliner en 3 structures différentes qui montre la volonté du législateur de lui octroyer une place essentielle au plus près des réalités économiques :

- comité d'établissement.
- comité central d'établissement.
- CE.

Le CE est chargé de 2 types d'attributions :

- économiques.
- Sociales.

Le législateur européen c'est efforcé d'adapter le CE à l'internationalisation des échanges, au développement des groupes en créant les comités de groupe par la directive du 22/09/94.

I) l'organisation du CE.

Le CE est doté de la personnalité juridique (c'est le lieu de l'expression de la volonté collective de salariés). Sa composition est singulière et le législateur a fixé de façon minutieuse et complexe les règles de fonctionnement.

Les CE existants, sur 16 millions de salariés en France seuls 5 millions ont un CE dans leur entreprise.

A) le statut juridique.

Art L 431-6 alinéa 1 et art R 432-16 du code du travail, le CE a la personnalité morale en matière économique et sociale.

= il peut agir en justice pour la défense des intérêts qu'il représente à condition que l'intérêt soit direct, actuel et personnel. Ces conditions sont vérifiées par la chambre criminelle de la cour de cassation.

L'action civile devant les tribunaux répressif est ainsi limitée aux faits susceptibles de porter atteintes à ces seules prérogatives légales. Cassation criminelle 28/05/91 et cassation sociale 29/01/03 (civil).

= le CE gère librement son patrimoine mais toujours dans le respect de sa finalité. Si le principe de spécialité n'est pas respecté, le CE peut engager sa responsabilité civile voir sa responsabilité pénale.

B) composition du CE.

C'est un organisme tripartite. Il n'est pas homogène, le CE est composé de salariés élus, de représentants désignés et de l'employeur qui préside.

1) la présidence et l'employeur.

Le chef d'entreprise est de droit le président du CE. Dans le CE il n'est que cela. Cette fonction de présidence ne lui donne pas de prééminence, de pouvoirs particuliers.

Il doit convoquer tous les mois les membres du CE, sur un ordre du jour qu'il fixe conjointement avec le secrétaire du CE.

Il répartit la parole lors des réunions, il veille à la régularité des votes.

Depuis 1994, l'employeur peut se faire assister par 2 collaborateurs au maximum appartenant à l'entreprise (directeur financier ou DRH). Ces 2 collaborateurs non pas de voix délibérative seulement une voix consultative depuis l'ordonnance du 24/06/04.

L'employeur n'a pas de pouvoir de contrôle sur le CE et il est donc souvent mis en minorité.

Quand l'employeur est à la fois juge et partie (licencie un délégué), comme il faut l'accord du CE pour licencier, l'employeur ne pourra pas prendre part au vote.

Le choix du mode de présidence a des fondements historiques. Lors de sa création en 1945, le CE était conçu comme un organe de coopération. Cette justification s'estompe avec la modification des lois Auroux du 28/10/82. Art L 431-4 alinéa 1 du code du travail, « l'objet du CE est d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions ».

= les salariés doivent s'exprimer mais également être écoutés.

2) la délégation du personnel.

a) les élus.

cf. leçon 4 pour l'élection.

Les délégués sont élus tous les 2 ans par l'ensemble du personnel, les membres du comité qu'ils soient titulaires ou suppléants forment la délégation du personnel. Leur nombre varie en fonction des effectifs de l'entreprise.

Art L 433-1 et L 620-10 du code du travail :

De 50 à 74 salariés = 3 titulaires + 3 suppléants.

De 75 à 99 salariés = 4 titulaires + 4 suppléants.

De 100 à 399 salariés = 5 titulaires + 5 suppléants.

De 400 à 749 salariés = 6 titulaires + 6 suppléants.

De 750 à 999 salariés = 7 titulaires + 7 suppléants.

A partir de 1000 salariés = 15 titulaires + 15 suppléants.

= les membres titulaires ont une voix délibérative, les suppléants assistent à la réunion mensuelle mais leur voix est seulement consultative. Ils remplacent les titulaires malades ou absents.

Lors de la première réunion du CE, est désigné parmi eux le vrai patron du CE, le secrétaire du CE. Le secrétaire et le chef d'entreprise fixent l'ordre du jour et le secrétaire rédige le P.V. Il représente le CE en dehors des réunions. Il peut être indirectement l'employeur (par exemple dans le cadre du recrutement d'un moniteur de colonie).

Pour exercer les actions en justice, il doit être expressément mandaté. L'élection du secrétaire est importante.

b) les représentants syndicaux.

Ils existent depuis 1945. La CGT craignait en 1945 que les employeurs fassent élire des délégués maison. Ils ont obtenu que même dans les cas où il n'y aurait pas d'élus ils seraient présents en désignant un de leur membre.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le représentant syndical au CE

est obligatoirement le DS. Le but est de ne pas multiplier les crédits d'heures et les salariés protégés. Le syndicat n'a pas le droit de désigner une autre personne.

Au-delà de 300 salariés, le syndicat peut désigner qui il veut, le DS ou un autre militant. Pour ne pas siéger dans la même institution avec 2 mandats différents, un membre élu du CE ne peut pas cumuler cette fonction avec celle de représentant syndical.

Le syndicat peut révoquer son représentant syndical au CE à tout moment, il n'existe pas de délai. La désignation se fait par LRAR ou par lettre transmise au chef d'entreprise contre un récipié.

Il dispose de 20 heures de délégation par mois, le temps de délégation est un temps de travail effectif.

C) le fonctionnement du CE.

1) les règles de fonctionnement.

Le chef d'entreprise président du CE, convoque les membres du CE au moins 3 jours avant la réunion en leur envoyant l'ordre du jour fixé avec le secrétaire. Les modalités même de fonctionnement du CE sont fixées dans un règlement intérieur élaboré par le comité.

2) la réunion.

Le CE se réunit en principe 1 fois par mois ou tous les 2 mois dans les entreprises où les effectifs sont inférieurs à 150 salariés. Art L 434-3 du code du travail.

Si pas respect de la périodicité = constitution du délit d'entrave.

Chaque réunion devrait donner lieu à un P.V.

Le CE peut tenir une nouvelle réunion à la demande de la majorité de ces membres.

Il y a également la possibilité de réunions spécifiques en dehors de la réunion périodique, qui sont obligatoires pour les plans de formation.

3) le budget de fonctionnement.

Se sont les lois Auroux qui ont doté les CE d'une subvention de fonctionnement dont le montant est au moins égal à 0,2% de la masse salariale brut. Ce montant s'ajoute aux subventions destinées aux activités sociales et culturelles (art L 434-8 du code du travail).

La contribution de l'employeur ne peut être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées à des activités de cette nature au cours des 3 années qui précèdent la prise en charge des activités sociales et culturelles par le CE.

= pas de contribution minimum.

Le CE peut faire, grâce à son budget de fonctionnement, appel à un expert comptable ou à tout autre expert (nouvelles technologies, juridique).

Il permet également de financer la formation économique de ces membres. Le but est de donner les moyens au CE de sortir des activités sociales et de se pencher sur la vie économique de l'entreprise.

Dans certaines PME le budget social est faible et un CE qui ne sait pas comment dépenser son budget de fonctionnement = perméabilité.

4) les moyens mis au service de la délégation du personnel.

Les moyens sont proches de ceux réservés aux DP. Ex : déplacements, crédits d'heures.

Le temps consacré aux réunions et les frais qui sont organisés par l'employeur sont à la charge de ce dernier (sans amputation sur les subventions allouées).

La délégation a un local avec le matériel nécessaire, elle dispose d'un droit d'affichage et d'un droit de diffusion des P.V des séances.

5) le comité central d'entreprise (CCE).

Quand l'entreprise est séparée en établissement distinct, il existe un CCE et un comité d'établissement dans chaque établissement.

Le CCE n'est pas le supérieur hiérarchique des différents comités d'établissements, il en est l'émanation.

= la fixation du nombre de sièges de titulaires et de suppléants et leur répartition dans les différents établissements s'effectue par accord entre le chef d'entreprise et les différentes organisations syndicales représentatives. A défaut d'accord, cette répartition et la fixation est opérée par le DDTE du siège social.

Dans chaque comité d'établissement, l'élection des membres du comité central se fait au scrutin majoritaire.

Chaque comité d'établissement doit recevoir une subvention dont le niveau dépend du nombre de salarié.

Le CCE ne peut pas imposer de péréquation. Il ne peut pas imposer d'œuvres communes à l'entreprise.

II) les missions du CE.

Le CE exerce une double mission, il gère les activités sociales et culturelles de l'entreprise ; il est informé et il consulté en matière économique et professionnelle.

A) les attributions sociales et culturelles du CE.

L'ordonnance de 1945 a confié au CE la gestion des œuvres sociales comme les colonies de vacances, les arbres de Noël, les clubs sportifs, les allocations aux familles les plus démunies.

L'autogestion s'est substituée au paternalisme de l'entreprise (avant c'était l'employeur qui s'occupait des œuvres sociales).

La loi du 28/10/82 substitue la notion d'activités sociales et culturelles à celle désuète d'œuvre sociale.

L'article L 432-8 du code du travail dispose que : « le CE assure et contrôle la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise, prioritairement au bénéfice des salariés et de leurs familles ».

= double intérêt :

- de la part des salariés (théâtre, Eurodisney).
- De la part des syndicats pour se faire réélire mais également pour disposer d'un budget pouvant aller jusqu'à 7% de la masse salariale brut.

Si l'activité en question entre dans la définition de l'activité sociale et culturelle (bibliothèque d'entreprise), le CE peut à tout moment en revendiquer la gestion et obtiendra sous peine de délit d'entrave au bon fonctionnement du CE et donc recevra le budget correspondant.

1) la notion d'activité sociale et culturelle.

Pour la cour de cassation, doit être considérée comme une œuvre sociale : « toute activité non obligatoire légalement exercée principalement au bénéfice du personnel sans discrimination et en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie personnelle au sein de l'entreprise ». Définition du 13/11/1975.

3 éléments :

- une activité non obligatoire pour l'employeur sont donc exclues les actions de prévention en matière d'hygiène et de sécurité (responsabilité de l'employeur). Sont exclues également l'exécution des obligations de l'employeur qu'il peut tirer de la loi ou d'une convention collective.
- Une activité tendant à l'amélioration des conditions de vie personnelle.
- Une activité bénéficiant aux salariés de l'entreprise c'est-à-dire pour les salariés mais également leurs familles ainsi que les anciens salariés et leurs familles. Mais cette exigence exclut les activités qui ne bénéficient pas directement aux salariés comme celles qui bénéficieraient à une collectivité plus large (théâtre).

2) les activités contestées.

Les activités sociales et culturelles de l'entreprise doivent être organisées sans discrimination entre le personnel de l'entreprise.

Ces activités doivent être accessibles à tous sans distinction en fonction de la classification ou du rang hiérarchique, tout comme en fonction de l'appartenance syndicale.

Il est impossible pour le CE de subventionner des activités syndicales ou politiques (déplacement à une manifestation). Par contre, il peut attribuer des indemnités aux salariés qui bénéficient d'un congés d'éducation syndicale non rémunéré si et seulement si il n'y a pas de différence de traitement entre les syndicats.

Le CE peut-il soutenir financièrement des grévistes ?

= ce n'est pas possible en tant que grévistes mais il peut prendre en considération les ressources des salariés et attribuer par-là même à certains grévistes des secours fondés sur l'état de besoin.

Les activités culturelles peuvent soulever des difficultés surtout quand elles prennent la forme de réunion, de discussion sur des thèmes politiques. Il faudra distinguer l'information de la propagande au bénéfice d'un seul parti.

Le CE peut faire participer des personnes extérieures à l'entreprise à l'occasion de ces réunions dans les locaux de l'entreprise.

3) les activités obligatoires.

Les activités sociales et culturelles peuvent être indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise comme par exemple l'existence d'une cantine.

Les relations du CE avec ce type d'activités obligatoires :

= la suppression est possible par le CE si elles ne répondent plus aux besoins des salariés. Par contre le CE ne peut pas fermer la cantine le jour d'une grève pour dissuader les non-grévistes de venir travailler.

4) la contestation de la décision du CE.

En théorie le budget du CE doit être utilisé en faveur des membres du personnel (retraites, enfants).

Tout soutien à des personnes physiques ou morales extérieures à l'entreprise est en principe illégal. L'employeur peut saisir le TGI en référé, pour obtenir la suspension de la mise en œuvre de la résolution prise en CE.

En pratique, il est rare que l'employeur agisse car le budget est destiné aux salariés donc c'est plus à eux d'agir.

Un CE avait versé à des victimes de catastrophes naturelles la somme de 30 millions d'euros. Est-ce possible ? la loi du 17/07/01, a modifié l'art L 432-8 du code du travail. Selon cet art, désormais dans la limite de 1% et par vote majoritaire du CE on peut verser des fonds à une cause humanitaire.

2 conditions :

- il faut que l'association soit d'utilité public.
- Qu'elle ait pour but de favoriser des actions locales de lutte contre l'exclusion.

B) les attributions économiques et sociales.

Le législateur a voulu que le chef d'entreprise soit obligé de prendre en compte l'intérêt des travailleurs dans ses choix de gestion, exprimé par la délégation du personnel au sein du CE.

La délégation du personnel doit être informée et consultée sur tout ce qui concerne la marche générale de l'entreprise. Son champ de compétence dans ce domaine est en constant élargissement, parfois on parle de pouvoir consultatif. Il dispose également dans des domaines limités d'un droit d'alerte et aussi parfois d'un droit d'opposition. Aucune décision importante ne peut être prise au sein de l'entreprise sans informer voir même l'avis du CE au moins en temps utile.

1) domaine et mode d'intervention.

Définition de l'attribution économique : (sens large).

Elle englobe les attributions économiques au sens strict et les attributions juridique – économiques qui relèvent de la compétence exclusives du CE. Cela renvoie également au domaine socio – économique- professionnel et dans ce domaine a une compétence partagée.

a) les attributions économiques au sens strict et juridique – économiques.

Art L 431-4 du code du travail : « le CE a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion, l'évolution économique et financière de l'entreprise aux techniques de production ».

Art L 432-1 alinéa 1 du code du travail : « dans l'ordre économique le CE est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ».

L'information – consultation du CE porte sur toutes les décisions de gestion susceptibles d'affecter les relations sociales dans l'entreprise.

L'information doit précéder la consultation pour quelle puisse être donnée en toute connaissance de cause. L'avis du CE est donné avant la décision du chef d'entreprise. Si le comité est saisi tardivement il y a constitution du délit d'entrave et le juge des référés pourra prononcer la suspension de la décision. Le but du CE est la prise en compte permanente des intérêts des salariés. Le CE ne siège pas en permanence.

Parfois, l'information n'est pas suivie de consultation et le chef d'entreprise n'est pas responsable si la décision lui échappe. C'est le cas des offres publiques d'échanges (OPE). Le chef d'entreprise cible, dès qu'il a eut connaissance du dépôt de l'offre, informe le comité qu'il peut inviter l'auteur de l'offre à exposer son projet.

En matière juridico – économique, le CE est saisi en cas d'introduction de nouvelles technologies mais également dans le cadre de la politique de recherche de l'entreprise.

Le CE est saisi dans les projets de compression d'effectifs, dans les cas de mise en chômage technique et en cas de procédure de redressement judiciaire.

Le défaut d'information – consultation est sanctionné par le délit d'entrave. Le chef d'entreprise a la charge de prouver qu'il s'est conformé à son obligation. L'initiative de saisir le CE appartient au chef d'entreprise. Mais il peut informer directement le salarié de son projet. Mais si et seulement si le CE n'a pas été mis devant le fait accompli. Une fois la consultation effectuée, c'est l'employeur qui doit donner une réponse motivée.

La délégation du personnel peut se saisir de sa propre initiative quand elle use de son droit d'alerte.

b) en matière socio – économique ou professionnelle.

* Le comité est informé et consulté sur tout ce qui touche à l'organisation du travail (par exemple la mise en place de régime d'astreinte mais également l'emploi des handicapés, de règlement intérieur, de durée et d'aménagement du temps de travail, de congés payés, de salaires, de formation professionnelle, de condition de travail, de recours à des contrats atypiques ou de sous – traitance et d'égalité homme – femme).

Le CE est au minimum informé, il est généralement consulté pour toutes les décisions relatives à la collectivité des salariés.

Le CE peut alerter l'inspecteur du travail en cas de recours abusifs aux contrats précaires ou en cas d'accroissement important de leur utilisation.

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le chef d'entreprise établit un bilan social annuel sur lequel le comité émet un avis. Dans ce bilan l'accent est mis sur la structure de l'emploi se rattachant à une gestion prévisionnelle annuelle ou pluriannuelle dans une perspective de prévention des licenciements.

* En matière professionnelle, le CE n'a pas de compétence exclusive. D'où un problème de concurrence avec le DS. Par exemple, le chef d'entreprise doit consulter le CE sur un projet relevant de ces compétences. La cour de cassation a estimé que l'ouverture d'une négociation ne chasse pas la consultation du CE dans les domaines de ces compétences = procédure avec le DS et une avec le CE.

La consultation du CE doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de négociation ou au plus tard avant la signature de l'accord. Arrêt « EDF » du 23/03/03, la cour de cassation a décidé que le défaut de consultation n'entraîne pas la nullité de l'accord collectif lui – même.

La loi Fillon du 3/01/03, a prévu que pour l'accord de méthodes la consultation du CE peut être érigée en condition de validité de l'accord (accord qui prévoit comment on négocie après en cas de grand licenciement économique, c'est un pré – accord).

Le CE peut avoir des fonctions négociatrices à titre exceptionnel. Par exemple, pour des accords de participation.

2) les moyens spécifiques attribués au CE.

a) information, assistance et expertise.

* l'expertise.

- l'expert comptable est le plus ancien des experts du CE. Il est choisi par le CE et rémunéré par l'employeur. D'après l'art L 434-6 du code du travail, le CE peut faire appel à un expert comptable dans plusieurs cas :

- examen annuel des comptes.
- Quand l'entreprise est partie à une opération de concentration.
- Quand est établi le rapport prévu dans le cadre d'une procédure d'alerte.
- En cas de grand licenciement économique (au moins 10 salariés sur 30 jours).

L'expert comptable est seul juge de l'utilité des documents qu'il demande.

- expert en nouvelle technologie :

Art L 434-6 alinéa 5 du code du travail, prévoit pour eux la possibilité de recourir à un expert en cas de projet d'introduction important de nouvelles technologies pour les entreprises d'au moins 300 salariés.

Accord entre le CE et l'employeur sur la désignation d'un expert. La rémunération de l'expert est assurée par l'employeur.

En cas de désaccord c'est le président du TGI qui tranche.

Le CE peut faire appel à tout expert si le met sur son budget de fonctionnement.

* la commission économique :

Elle est créée dans les entreprises employant plus de 1000 salariés. La commission économique est composée de 5 membres du comité dont au moins un cadre. Elle se réunit au moins 2 fois par an sous la présidence d'un membre titulaire du CE.

Se sont des élus spécialisés dont la mission est de suivre la situation économique de l'entreprise.

b) les moyens économiques.

Se sont les subventions de fonctionnement dans le cadre économique et professionnel qui financent des actions pour que le CE assure au mieux sa mission. Ex : rémunération des experts.

c) les moyens pédagogiques.

Les membres du CE reçoivent une formation économique.

Tous les membres du CE peuvent bénéficier d'un stage de formation économique de 5 jours pris sur le temps de travail (pour ceux qui sont élus). La formation peut être renouvelée après 4 ans de mandat consécutif ou non. Le financement de ce stage est assurée par le budget de fonctionnement du CE.

III) les autres comités.

Le comité de groupe a été légalisé en 1982, relayé au niveau européen par la directive du 22/09/94.

A) le comité de groupe.

C'est un prolongement du CE au niveau des groupes des sociétés.

1) la notion de groupe.

Le groupe est une entreprise dominante et des filiales dont le siège sociale est fixé sur le territoire français.

Généralement, une entreprise dominante détient la majorité des actions ou des parts sociales, la majorité des droits de vote et désigne la majorité des membres des organes dirigeants.

L'influence dominante peut être présumée quand cette entreprise peut nommer même indirectement plus de la moitié des membres des organes dirigeants, ou quand elle dispose de la moitié des voix.

Le groupe dans le cadre de l'entreprise dont le groupe détient au moins 10% du capital à condition qu'il y ait entre la société mère et la filiale un véritable contrôle et des relations permanentes et importantes entre les 2.

2) les fonctions du comité de groupe.

L'art L 439-2 organise les fonctions du comité de groupe. Il doit être informé sur l'activité et la situation financière de l'entreprise mais également sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles du groupe. En cas de licenciements pour motif économique l'employeur qui licencie doit rechercher à reclasser ailleurs les salariés avant. Le juge recherche l'impossibilité du reclassement au niveau non seulement de l'entreprise mais également du groupe.

3) le fonctionnement du comité de groupe.

Il doit être mis en place dès qu'un groupe existe au sens de la définition légale. Le CE d'une filiale peut demander le rattachement au comité de groupe. La demande est transmise au chef de l'entreprise dominante. S'il y a un litige, il relève du TGI.

Composition du comité de groupe : parmi les représentants élus du CE, les syndicats vont désigner les représentants en proportion du nombre d'élus de chacun.

Le comité de groupe est présidé par le chef de l'entreprise dominante.

4) la personnalité morale.

Le comité de groupe a la personnalité morale, il dispose d'un patrimoine et peut agir en justice.

B) le CE européen.

C'est la directive du 22/09/94 qui le prévoit. Elle fut transposée par la loi du 12/11/96 et son art L 439-6. Le but est d'être institué dans une entreprise de dimension communautaire.

1) les conditions.

Il faut que le groupe ait une certaine dimension (au moins 1000 salariés), qu'il existe des filiales (au moins 150 salariés), qu'elles soient situées dans différents pays européens sachant que la société dominante n'est pas forcément établie dans l'union européenne.

2) la mise en place du CE européen.

Priorité à la négociation collective internationale. Une procédure d'information et d'échange a été instituée.

3) les attributions.

Elles sont assez modestes. Même s'il fut créé en vue de garantir les droits des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen, la consultation n'est entendue que comme une organisation d'échanges de vues et l'établissement d'un dialogue.

4) les articulations.

Le CE européen ne se substitue pas aux IRP propres à chaque entreprise. S'il n'y a pas de substitution il faut qu'il y ait cohérence entre les différentes institutions. Il peut arriver qu'on fusionne le comité de groupe national et le CEE.

Le comité doit être en permanence informé et / ou consulté mais la décision appartient au chef d'entreprise.

Depuis la loi Auroux de 1982 le CE voit ces attributions se renforcer. On passe de la consultation, aux propositions et parfois à la négociation informelle. S'il n'existe pas de DS, le CE peut négocier si la convention de branche le prévoit, selon la loi Fillon du 4/05/04.

Evolution des 2 partenaires :

- par le CE, l'employeur saisit l'occasion de convaincre les représentants des difficultés de l'entreprise.
- les syndicats ont également évolués, désormais ils comprennent que c'est également à eux de chercher des alternatives aux licenciements. Mais sous le contrôle de l'inspecteur du travail et de la jurisprudence. Pour la chambre sociale, le CE est un acteur comme un autre.

SECTION 2 : Le CHSCT.

Le CHSCT est apparu avec la loi du 23/09/82, il résulte de la fusion de 2 institutions : le CHS et la commission d'amélioration des conditions de travail.

Le CHSCT est un organe spécialisé, obligatoire dans tous les établissements d'au moins 50 salariés (seulement un 1/3 de ces établissements en sont pourvus). Les membres sont élus par un collège qui comprend l'ensemble des DP et les membres du CE. Les salariés élus par ce collège sont des salariés protégés. Le mandat est de 2 ans. Ils peuvent accomplir leurs missions par des prérogatives analogues à leurs collèges (crédits d'heures, liberté de déplacement).

I) le fonctionnement du CHSCT.

Le CHSCT a la personnalité juridique. Comme pour le CE lors de la première réunion est procédé à la désignation parmi tous les membres, du secrétaire. Il détient un rôle important d'autant plus qu'il cumule les heures de délégation (par exemple, secrétaire et DP).

Il ne dispose pas de budget propre.

2 types de réunion :

- une fois par trimestre, le chef d'entreprise doit réunir le CHSCT. L'ordre du jour est fixé conjointement avec le secrétaire. Il doit parvenir au moins 15 jours avant la réunion, aux membres.
- Une réunion supplémentaire doit être organisée dans 3 hypothèses (si ce n'est pas le cas constitution du délit d'entrave) :
 - quand un accident a eut lieu et a / ou aurait pu entraîner des conséquences graves.
 - Art L 236-2-1, le CHSCT se réunit à la demande motivée de 2 de ces membres représentant du personnel.
 - Quand un danger grave et imminent a été constaté. La réunion se tient dans l'urgence c'est-à-dire dans un délai de 24 heures.

III) les missions de contrôle.

Selon l'art L 236-2 et L 236-2-1, le CHSCT doit procéder à des inspections au moins 4 fois par an. Il fait des enquêtes en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

Quand le CHSCT constate un risque grave, il peut faire appel à un expert aux frais de l'employeur. Possibilité également d'appeler un expert quand un projet important modifie les conditions d'HS ou des CT dans l'entreprise (implantation d'une nouvelle machine par exemple).

En cas de désaccord, il appartient au chef d'entreprise de saisir le président du TGI pour qu'il statue en urgence.

Notion de danger grave et imminent : si un membre du CHSCT constate ce genre de danger il doit en aviser tout de suite l'employeur, celui – ci doit procéder à une enquête conjointe. S'il y a un désaccord quand à l'existence du danger :

- réunion dans l'urgence de l'ensemble du CHSCT.
- Informer l'inspecteur du travail.
- Informer les agents compétents du service de prévention de la CRAM.

Si le désaccord persiste entre l'employeur et la majorité du comité, c'est l'inspecteur du travail qui sera saisi par l'employeur.

L'inspecteur du travail peut, ou saisir le directeur départementale du travail et de l'emploi pour qu'il mette en demeure l'employeur de réagir, ou alors il peut saisir lui – même le juge des référés pour qu'il prenne les mesures nécessaires (art L 263-1).

= indépendance de l'inspecteur du travail qui peut saisir lui – même le juge judiciaire.

En pratique il existe un consensus au sein du CHSCT, en effet les 2 parties n'ont pas intérêt à ce qu'il existe des problèmes dans l'entreprise (santé physique et mentale).

LECON 6 : LA PROTECTION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL.

Dès le dix – neuvième siècle le patronat est hostile à toute autonomie ouvrière. Volonté de créer un statut de salarié protégé (apparaît en 1936). Mais c'est en 1945 – 1946 que le statut protecteur voit le jour. On distingue les salariés ordinaires et les salariés protégés (procédure spéciale de licenciement fondée sur l'accord de l'inspecteur du travail).

C'est l'inspecteur du travail qui choisit car il est indépendant dans son statut. De plus il connaît l'entreprise ce qui lui donne un avantage par rapport au magistrat professionnel. Comme il connaît l'entreprise il rend plus un arbitrage social que juridique.

Les représentants du personnel sont liés à l'entreprise par un contrat de travail donc il existe un lien de subordination par rapport à l'employeur. En principe comme salarié, il y a une soumission au pouvoir directeur de l'employeur. Or, il

Il y a un conflit d'intérêt car ils représentent des intérêts opposés à ceux de l'employeur.

Leur indépendance ne peut être garantie que par un statut protecteur qui pour partie va neutraliser le lien de subordination. Le statut l'emporte sur le contrat de travail. Tout licenciement d'un représentant du personnel nécessite une autorisation administrative. Si ce n'est pas le cas le licenciement est inopérant = le représentant peut demander sa réintégration dans l'entreprise, le licenciement n'est pas seulement abusif, il est également nul.

I) l'étendue de la protection statutaire.

A) les bénéficiaires de la protection.

Tous les représentants titulaires ou suppléants, élus ou désignés doivent être indépendants et donc protégés.

Les candidats aux élections même s'ils ne sont pas élus sont protégés, qu'ils se soient présentés au premier ou au second tour, qu'ils soient sous CDI ou CDD si leur candidature intervient au moins un mois avant la fin du contrat.

Les candidats aux comités bénéficient d'une protection identique à celle des DP (6 mois après la publication des listes).

Est également protégé le salarié qui a demandé à l'employeur d'organiser des élections (6 mois également à condition qu'une organisation syndicale l'ait suivi en demandant également la tenue d'élections).

Les représentants en cour de mandat sont protégés (DP, DS, CE, CHSCT, titulaires ou suppléants). S'y ajoute les délégués inter – entreprise (art L 132-30), le délégué central et l'éventuel salarié mandaté prévu par la loi du 4/05/04. Avec cette loi il y a l'introduction d'un référendum interne pour ratifier l'accord conclu par le salarié mandaté.

Les anciens représentants sont également protégés pendant les 6 mois après la cessation de leurs fonctions.

Le DS est protégé pendant 12 mois si son mandat a duré au moins 1 an. Si le DS est révoqué moins de 1 an après sa désignation, il n'est pas protégé.

Certains salariés bénéficiaient du statut sans être représentant du personnel, c'est le cas des salariés prud'homaux, des administrateurs des caisses de SS = ils occupent un mandat extérieur.

B) les hypothèses donnant lieu à la protection.

Tout licenciement d'un RP suppose une autorisation administrative. Certains employeurs ont tenté d'y échapper en demandant la résiliation judiciaire du contrat de travail sur le fondement de l'art 1184 CC, (« le créancier peut réclamer en justice l'anéantissement du contrat synallagmatique quand son inexécution est imputable au débiteur »).

Arrêt « Perrier » chambre mixte 31/06/74, « le représentant dispose d'une protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun qui interdit par la suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail » = le statut l'emporte sur le contrat.

Arrêt « Fresco » d'assemblée plénière du 28/01/83, « seule la demande en résiliation judiciaire est constitutive d'un délit d'entrave (...) en engageant une telle action l'employeur commet un délit d'entrave dont l'élément intentionnel se déduit du caractère volontaire des agissements constitués ».

= la jurisprudence a été étendue à la protection de toutes les ruptures à l'initiative patronale et pas seulement au licenciement.

La protection s'applique également avant le terme du CDD.

La protection statutaire s'applique également à la mise à la retraite, l'incapacité totale ou définitive, ou pour une modification du contrat, ou un simple changement dans les conditions de travail (autorisation administrative).

Il existe une exception en cas de changement dans les conditions de travail où le salarié doit céder, c'est le cas des RTT :

- la RTT avec le maintien des salaires antérieurs et si elle résulte d'un accord d'entreprise conclu dans le cadre de la loi Aubry, il s'impose à tous les salariés (protégés ou non).
- La clause contractuelle de mobilité (contrat de VRP par exemple), le salarié ne peut pas refuser (par exemple déménager). Cette clause est suspendue pendant la durée du mandat.
- En cas de mise en chômage partiel imposé, le statut s'applique (il n'est pas possible de licencier sans autorisation).

Certains employeurs ont tenté des transactions (financières) avant l'accord administratif. Mais ces transactions sont condamnées par la jurisprudence car les salariés ne sont pas propriétaires de leur fonction de représentants.

II) le processus de licenciement des représentants du personnel.

Le personnage central du licenciement est l'inspecteur du travail. Le rôle a été élargi par le CE qui a défini l'étendue de sa mission mais également la portée du contrôle exercé par le tribunal administratif.

Dans tous les cas de rupture du contrat de travail, l'inspecteur doit donner son accord exprès. La procédure est accélérée en cas de faute grave ou lourde à la source du licenciement.

A) la consultation du CE.

L'employeur qui envisage de licencier doit avant tout consulter la délégation du personnel, au sein du CE. En cas d'absence de CE, il doit demander l'avis des DP. Le CE émet un simple avis par un vote à bulletin secret mais le chef d'entreprise n'est pas lié par ce vote, vote qui est souvent négatif.

Ce processus permet d'ouvrir le débat public dans l'entreprise (possibilité pour le CE d'auditionner celui qui va être licencié). Par la consultation, l'inspecteur du travail est informé, éclairé, car il doit recevoir le P.V de séance.

Le P.V révèle les véritables raisons du licenciement mais également les solutions alternatives recherchées (mutations) = prouve la bonne foi de l'employeur ou des DP.

La consultation est une condition substantielle. Son absence ou son irrégularité met à mal la légalité de l'acte administratif. En l'absence de consultation l'employeur doit refuser l'accord de licencier. L'employeur pourra même être poursuivi pour délit d'entrave au bon fonctionnement du CE.

Dans les 15 jours après la délibération du CE on passe dans la phase administrative.

B) l'autorisation expresse de l'inspecteur du travail.

C'est le pivot de la protection du délégué. L'accord ne se traduira pas par un blocage des licenciements, l'essentielle des demandes sont acceptées.

L'inspecteur du travail reçoit la demande par LRAR qui énonce les motifs du licenciement envisagé. Elle doit également contenir le P.V du CE. L'inspecteur à la réception de la lettre dispose de 15 jours pour statuer. Pendant ce délai il doit se livrer à une enquête contradictoire.

1) quelque soit les motifs ?

L'inspecteur doit vérifier qu'il n'y a pas de rapport entre le licenciement et la fonction représentative, ni entre le licenciement et l'appartenance syndicale.

L'inspecteur peut refuser l'accord pour des motifs d'intérêt général quelque soit le motif du licenciement, sous réserve qu'une atteinte excessive soit portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence.

Deux possibilités :

- l'intérêt des salariés est atteint s'il n'existe qu'un seul délégué dans l'entreprise et c'est celui-là qu'on veut licencier (représentation unique).
- Le conflit est difficile et le travail reprend. L'employeur veut licencier le leader du mouvement, si l'inspecteur du travail autorise ce licenciement c'est la fin de la paix sociale, et donc dans l'intérêt général de l'entreprise l'inspecteur ne donne pas son accord car il y a un risque de conflit.

Ex : la protection est exclue pour le salarié qui a participé à une séquestration.

2) s'il existe une faute lourde ou grave ?

Il faut la présence de l'élément intentionnel. Il faut que la faute alléguée soit d'une suffisante gravité.

Dans ce cas, l'employeur peut prononcer une mise à pied à titre conservatoire (mesure provisoire avant le licenciement).

Cette mesure est justifiée par la gravité de la faute et par le risque qu'elle emporte pour l'entreprise. Elle emporte suspension du contrat de travail, et le non-versement des salaires.

Par l'arrêt de la chambre sociale en date du 2/03/04, la cour de cassation considère néanmoins, que l'exercice du mandat est maintenu.

Par contre, même si le mandat prime sur le contrat comme il s'agit d'une faute grave ou lourde, la procédure de licenciement est accélérée. Le CE est consulté dans les 10 jours suivants la mise à pied. La demande d'autorisation est présentée sous 48 heures, après la délibération du CE, à l'inspecteur du travail.

Art R 436-8 du code du travail. L'inspecteur a 8 jours pour se prononcer.

Si l'inspecteur ne donne pas son accord, la mise à pied est annulée. L'employeur devient donc débiteur des salaires (il doit rembourser tous les salaires non payés).

3) le licenciement pour motif économique.

Ils constituent 72% des demandes d'autorisation pour licenciement, et ils représentent 91% des accords.

L'inspecteur examine 2 choses :

- si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié. L'examen porte sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe, œuvrant dans le même secteur d'activité que l'entreprise en cause.
- Il vérifie la possibilité de reclassement du salarié dans l'entreprise. Il passe en revue tous les postes disponibles ou susceptibles d'être dans la qualification du salarié (au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe). Arrêt du 4/02/04, qui élargie le périmètre de reclassement au-delà des frontières nationales, compte tenu de la législation du pays national. Arrêt du CE du 28/01/04, qui condamne les fausses propositions de reclassement qui ne peuvent être que refusées par l'employé. L'inspecteur autorise ou refuse mais doit toujours motiver sa décision.

ATTENTION, il n'y a pas d'accord tacite, le silence vaut refus d'autorisation. Si l'accord est délivré l'employeur achève la procédure de licenciement en

envoyant la lettre de notification au salarié. Dans cette lettre figure l'autorisation administrative.

C) le recours contre la décision administrative.

1) le recours hiérarchique.

L'employeur peut intenter un recours si l'inspecteur n'autorise pas le licenciement, ou un recours du salarié si l'autorisation administrative est donnée. Le contentieux de l'autorisation relève du TA.

Le recours hiérarchique est visé à l'art R 436-6 du code du travail.

Il est porté directement devant le ministre du travail (contre la décision de l'inspecteur) dans un délai de 2 mois à compter de la décision, même en cas de décision implicite de rejet.

Le ministre dispose de 4 mois pour répondre. Passé ce délai, le silence du ministre vaut décision de rejet. Le ministre contrôle les motifs de légalité et les motifs d'opportunité. Le recours n'a pas d'effet suspensif et il est facultatif.

2) le recours contentieux.

C'est un REP devant le TA, c'est-à-dire devant la CAA puis éventuellement devant le CE. Le REP est introduit dans les 2 mois de la décision de l'inspecteur du travail ou du ministre. Le recours contentieux n'a pas d'effet suspensif. Il faut vérifier que les faits sont de nature à justifier la décision. Toutefois, si l'autorisation administrative est refusée pour des motifs d'intérêt général, la juridiction administrative va mettre en balance les intérêts en présence, c'est le principe de proportionnalité.

III) le licenciement irrégulier du représentant du personnel.

Le licenciement est irrégulier dans 2 séries d'hypothèses :

- l'employeur a notifié le licenciement sans demander d'autorisation. Ou alors, il passe outre le refus d'autorisation et licencie le salarié.
- L'employeur licencie une fois l'accord administratif obtenu mais par la suite, l'autorisation est annulée sur recours hiérarchique ou contentieux.

La loi Auroux du 28/10/82, qui légalise la décision, stipule que le licenciement est rétroactivement irrégulier.

A) le licenciement sans autorisation.

Dans ce cas, le licenciement est nul.

Pendant longtemps on c'est fondé sur l'art 1142 CC qui prévoit que l'inexécution de l'obligation se résout en dommages et intérêts. On évitait ainsi la réintégration. A la fin des années 60, l'arrêt de la chambre sociale du 27/05/70 entraîne la modification du calcul des indemnités (majoration), les dommages et intérêts sont calculés en fonction du montant des salaires perçus si le salarié n'avait pas été licencié.

Seconde étape de l'évolution, arrêts de la chambre mixte du 25/10/78 et de la chambre criminelle du 28/05/70 « DETOEUF ».

= la chambre sociale refuse la réintégration mais le licenciement est toujours nul. Le salarié demande à l'employeur son inscription sur les listes électorales. Le TI accueille la demande du salarié. La chambre criminelle qualifie la réintégration de délit d'entrave car le salarié est un RP. Côté civil, la chambre mixte donne raison au TI considérant que le salarié « s'étend trouvé empêché uniquement par une voie de fait de son employeur ».

= arrêt « Revêt – sol » de la chambre sociale du 14/06/72, la chambre sociale admet la réintégration et demande la poursuite du contrat de travail.

Solution légalisée par la loi Auroux de 1982.

B) l'annulation de l'autorisation.

La jurisprudence considérait que cette annulation de l'accord ne faisait pas revivre le contrat de travail.

Revirement en 2 temps :

- la cour de cassation admet la réintégration en se fondant sur la fraude de l'employeur.
- arrêt « Pampré – dor » de la chambre mixte du 18/01/80. La cour de cassation décide que même en l'absence de fraude de l'employeur l'annulation de l'accord de licenciement le rend inopérant car l'accord constitue un élément essentiel de validité du licenciement.

L'annulation de l'accord qu'elle émane du ministre, du TA, ou du CE donne au RP le droit d'être réintégré. Il faut qu'il la demande dans un délai de 2 mois après la notification de la décision. Le salarié n'est pas tenu de la demander, il peut seulement demander la réparation du préjudice subi.

C) l'indemnisation du préjudice subi par le salarié protégé.

1) en cas de licenciement sans autorisation.

Le salarié a droit à une réparation intégrale du préjudice subi du fait du licenciement. On prend en compte l'ensemble des salaires perdus jusqu'à la fin de la protection du mandat (on sanctionne la méconnaissance du statut

protecteur), plus les indemnités de licenciement (on sanctionne le licenciement sans cause réelle et sérieuse, environ 6 mois).

2) l'indemnisation du préjudice en cas d'annulation de l'autorisation.

Avant la jurisprudence considérait que les indemnités n'étaient versées qu'à compter de l'annulation.

Maintenant, solution inverse. C'est à l'employeur d'assumer les risques qu'il prend en licenciant même s'il n'a pas commis de faute. Le droit à l'indemnisation n'est acquis que lorsque la décision de l'annulation est définitive.

Par ce statut exorbitant de droit commun, la législateur voulait protéger les salariés.

LECON 7 : LA DEFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL.

En moins d'un siècle, l'image du contrat de travail c'est renversée.

Différentes étapes : le salariat est le malheur social, aujourd'hui c'est un statut convoité et défendu avec ardeur. Grâce au statut du salariat, les individus ont un droit à une protection sociale.

SECTION 1 : la qualification du contrat de travail.

Les enjeux du contrat de travail : la rémunération au moins égale au SMIC, l'application du droit du licenciement, les salariés sont protégés dans leur droit d'expression comme dans le droit de grève.

I) les critères du contrat de travail.

1) le rejet du critère de temps.

Première guerre mondiale, mise en place du Taylorisme = rendement.

La cour de cassation, va abandonner le critère de la qualification de temps au profit du lien de subordination juridique. La notion de subordination est empruntée à la responsabilité du commettant (art 1384 CC) et de la loi sur les accidents de travail du 9/04/1898.

Avant, la notion de subordination était un fait, maintenant c'est un critère de qualification. La qualification du contrat de travail se fera par la preuve de l'autorité exercée par l'employeur.

2) le rejet du critère de dépendance économique.

Le critère de subordination juridique ne peut pas s'appliquer aux travailleurs à domicile et aux VRP. Certains auteurs proposent de prendre comme critère celui de la dépendance économique.

A la libération le régime de la SS pose comme critère celui de l'affiliation au statut de salariat. Pour la cour de cassation, pour qu'il y ait contrat de travail, il faut qu'il y ait subordination. Le code de la SS énonce que sont affiliés au régime de la SS ceux qui travaillent.

= 2 critères différents.

Il existe les travailleurs indépendants qui sont affiliés.

= les 2 critères sont indépendants, chacun son code.

3) le débat relatif à la dépendance économique laisse des traces.

C'est le livre 7 du code du travail qui attribue les critères dérogatoires qui fondent la qualification de salarié.

Quand il y a une dépendance économique la relation de travail dépend du contrat de travail comme le travailleur à domicile.

4) la disparition de certains obstacles à la qualification du contrat de travail.

Il est difficile en droit français d'admettre l'existence d'un contrat de travail entre époux. C'est la loi du 10/07/82 qui l'a permis. Elle crée le statut de conjoint salarié du chef d'entreprise, art L 784-1 du code du travail.

Il existe des situations où il n'est pas possible d'établir la subordination juridique même s'il y a obéissance (ex : les religieux catholiques).

L'art L 120-3 pose une présomption simple de non-salariat pour les personnes immatriculées au RCS ou au RDM ou au registre des agents commerciaux ou ceux identifiés par l'URSSAF comme indépendant.

5) la rémunération, condition nécessaire mais non suffisante.

Il faut qu'il existe un contrat à titre onéreux pour qu'il y ait contrat de travail. Le contrat à titre gratuit est différent du contrat de travail (entraide amicale, familiale, agricole).

II) les procédés de la preuve de la subordination juridique.

A) l'objet de la preuve.

1) l'indice classique de la subordination.

Pour établir la subordination juridique, les tribunaux utilisent plusieurs indices appelés technique du faisceau d'indices. Aucun de ces indices n'est absolument indispensable.

Ces éléments sont :

- la direction et le contrôle effectif du travail par l'employeur ou son représentant (ordres donnés, etc.). C'est l'autorité exercée sur le salarié dans le cadre de son activité.
- L'une des parties assigne à l'autre un lieu ou un horaire de travail (la désignation du lieu de travail démontre le pouvoir d'affectation, et pour la fixation des heures de travail cela démontre que l'un est à la disposition de l'autre).
- Les outils et les fournitures sont à la charge de l'employeur (sauf usages professionnels).
- Un salarié n'emploie pas a priori d'autres salariés (exception = le locataire –gérant d'une station service, (il emploie des salariés tout en étant salarié d'une compagnie pétrolière)).
- Le comportement de l'employeur (délivre les bulletins de paie).

L'idée d'exclusivité n'est plus un critère car il y a une augmentation de la pluri-activité (le salarié à temps partiel peut avoir plusieurs employeurs).

2) le travail exercé dans un service organisé au profit d'autrui.

Les indices précédents permettent de cerner la situation des différents salariés. Mais il y a le cas des salariés qui de part leurs fonctions jouissent d'une grande indépendance où ces critères sont difficiles à appliquer. Ex : les médecins.

La jurisprudence utilise la notion de travail dans un service organisé au profit d'autrui. Elle s'attache à la contrainte résultant de l'intégration à une organisation et délaisse la subordination juridique (gestion de rendez-vous, horaires, etc.).

L'intégration dans la sphère du salariat des personnes rémunérées pour distribuer des journaux gratuits car elles le font au profit d'autrui.

3) par la reconnaissance à l'intuition du juge.

La technique du faisceau d'indices laisse une forte marge au juge.

Arrêt du 19/12/00 où la cour de cassation passe outre l'indice d'indépendance et étudie la réalité des rapports entre les parties et sur l'étendue des rapports contractuels.

Une des parties dispose de la force de travail de l'autre. Le chauffeur de taxi est libre de ces horaires, du secteur de travail et de sa clientèle.

La CA de Paris refuse la qualification de contrat de travail. La chambre sociale casse l'arrêt en relevant que la durée du contrat et ces renouvellements d'un mois, peut être résilié dans un délai très court (le contrat), la redevance inclut les cotisations sociales.

Le locataire est responsable de l'utilisation et de l'entretien du véhicule. La cour de cassation s'approche de la réalité.

Elle combine les indices classiques à l'exclusivité de la relation. Puis elle ajoute l'approche globale de la relation contractuelle.

Précarité du contrat – intensité des contraintes, la cour de cassation considère qu'il y a donc subordination juridique.

La précarité du contrat de travail devient un indice de la subordination.

B) les modalités de la preuve.

1) la qualification du contrat de travail est d'OP, ce qui induit la liberté de la preuve.

La cour de cassation énonce que l'existence d'une relation de travail dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination donnée à la convention. Elle dépend des conditions de faits dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

Contrairement à l'art 1341 CC la preuve est libre ce qui s'explique par le statut d'OP du contrat de travail.

La subordination de fait suffit souvent à caractériser le contrat de travail mais pas toujours (stage en entreprise, travail bénévole).

2) la charge de la preuve.

Elle est conforme au droit commun et incombe à la partie qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail (souvent le salarié). Il est possible que des tiers interviennent pour qu'il y ait qualification de contrat de travail (URSSAF). Dans ce cas, c'est l'URSSAF qui supporte la charge de la preuve.

3) la loi Madelin.

La loi du 11/02/94 va brouiller les pistes du salariat.

Elle fut abrogée par la loi Aubry 2 en 2000, mais elle a été rétablie par la loi du 1/08/03 pour l'initiative économique.

« les personnes physiques immatriculés au registre du commerce, où des métiers présumés ne pas être liés par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation ».

La présomption peut être contrecarré par la preuve contraire s'il existe un lien de subordination juridique permanent.

= double innovation :

- instaure une présomption de non-salariat.
- La permanence dans la subordination devient le maître mot.

Par exemple, un employeur qui externalise de la main d'œuvre, il n'est pas possible de dire que c'est un contrat de travail mais un prêt de main d'œuvre.

Cette nouvelle organisation du travail reposant sur le partenariat et la pluri – activité entraîne une tendance à la précarité.

SECTION 2 : les différents types de contrat de travail.

I) le CDI.

C'est la norme en droit français et en droit communautaire depuis la directive du 28/06/99 : « les CDI sont la forme générale des relations de travail pour contribuer à l'amélioration de la vie des travailleurs et de ces performances ».

Ce principe a été repris par la loi du 17/01/02, un emploi permanent en principe doit être occupé par un salarié permanent.

Il s'agit de la norme juridique et sociale car 9 salariés sur 10 en bénéficie.

A) le CDI : norme juridique.

Art L 121-5 du code du travail, « le contrat de travail est conclu sans limitation de durée ».

= il n'y a pas d'engagement perpétuel, chaque partie peut y mettre fin à tout moment (ce n'est pas le cas du CDD).

Le CDI est synonyme de stabilité pour le salarié embauché donc il y a l'idée de carrière dans l'entreprise, donc il y a un encadrement du principe de rupture. Le licenciement doit avoir une cause réelle et sérieuse avec des indemnités en cas d'ancienneté.

Si l'employeur a recours au travail précaire (CDD, CTT) et s'il ne respecte pas les dispositions légales propres à ces 2 contrats alors le retour à la norme = requalification en CDI.

B) la période d'essai.

La conclusion du contrat de travail peut être précédé par une phase pré – contractuelle d'offre et pré – contractuelle d'embauche. Le cas échéant il peut y avoir des tests professionnels.

Possibilité avant de contrat d'embauche = droit commun des contrats.

Il y a la signature du contrat de travail mais l'exécution est différée (maladie, accident). L'essai n'est pas différé par le seul fait du salarié soumis à une période de formation si du moins le contrat connaît un commencement d'exécution, selon la jurisprudence.

La période d'essai est différente de l'essai professionnel. Mais il existe également des périodes probatoires. C'est lorsque le salarié est promu à un nouveau poste (pas de nouvelle période d'essai car c'est le même contrat qui continu).

1) l'analyse juridique de la période d'essai.

Cette période permet aux parties au contrat de déterminer si la relation contractuelle peut être prolongée. Si le salarié est apte, le poste lui est proposé.

2) l'existence et la durée.

La cour de cassation est attentive au risque de précarisation et encadre la période d'essai tant dans son existence que dans sa durée. La période d'essai ne se présume pas et elle est souvent prévue dans les conventions collectives.

2 cas de figure peuvent se présenter pour la convention collective et la période d'essai :

- la convention régit la durée mais la période d'essai reste facultative. Dans ce cas la période d'essai doit être stipulée dans le contrat pour que l'une ou l'autre des parties puissent s'en prévaloir.
- La convention collective prévoit la période d'essai de droit. La clause est licite donc l'essai est de plein droit applicable sans qu'il soit nécessaire d'en prévoir l'existence par des dispositifs contractuels. Le salarié doit être informé de l'existence de la convention collective au moment de son embauche. La convention collective fixe souvent la durée maximale de l'essai par catégories professionnelles (un mois pour les ouvriers, 2 mois les employés, 2 à 6 mois pour les cadres).

Normalement, il n'y a pas de période d'essai en cours d'exécution du contrat. Les stages effectués dans le cadre de la promotion professionnelle ne constituent pas un essai. Pour qu'il y ait un nouvel essai il faut une novation des rapports contractuels comme le passage du travail temporaire (CDD) à un CDI assorti de fonctions différentes.

Il faut exiger une véritable novation qui « éteint l'obligation par sa métamorphose » selon la cour de cassation.

Le législateur n'a pas prévu de durée légale maximale à la période d'essai. Les juges constateront quelle n'est pas excessive compte tenu de sa cause.

Le renouvellement de la période d'essai est possible que si il est prévu dans le contrat de travail ou dans la convention collective. Il faut l'accord du salarié au cours de la période initiale d'essai.

La maladie d'origine professionnelle ou non suspend la période d'essai, elle pourra être prolongée d'autant après.

3) la rupture de la période d'essai.

La rupture du contrat en cours de période d'essai peut intervenir à tout moment sans avoir été posé. Le salarié qui contesterait au fond doit rapporter la preuve de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de la malveillance.

La rupture n'est pas motivée. Le régime probatoire modifié, le salarié doit rapporter l'élément susceptible de faire penser qu'il y a eu une discrimination. L'employeur doit prouver qu'il a été objectif s'il n'y arrive pas, alors il sera condamné.

ATTENTION, pour l'employeur il faut vérifier que l'employé n'a pas de statut protecteur ou non comme celui de conseiller des prud'hommes.

Les dispositions protectrices en cas de maternité ne s'appliquent pas, art L 122-25-2 du code du travail.

Il existe un principe qui interdit de rompre le contrat de travail quand le salarié est indisponible du fait d'un accident du travail. Ce principe d'interdiction s'applique en cas de période d'essai.

II) les contrats atypiques.

Avec la multiplication des contrats (CDD, CTT, etc.) on a assisté à un éclatement des relations de travail, ce qui pose des problèmes pour l'égalité entre les salariés.

Le législateur a limité les cas de recours en 1982. Ils sont cantonnés dans des domaines justifiés et on en a augmenté le coût. Le formalisme de protection et le coût reste un risque pour l'employeur, ils sont le verrou dissuasif de l'emploi de ces contrats.

Il existe 2 variétés de contrats dérogatoires ou atypiques suivant que l'on considère la durée de vie du contrat ou la durée du travail.

A) le CDD.

Le contrat de travail temporaire est un cas particulier de CDD.

1) les règles communes au CDD et au travail temporaire.

a) les conditions de recours au CDD.

* les conditions de fond.

- Il faut que ce soit une tâche non durable. Art L 122-1 du code du travail.

Le CDD peut être utilisé pour pourvoir non durablement un poste permanent vacant. Ex : salarié absent, malade.

Le CDD est utilisé pour occuper un poste de travail qui ne correspond pas à l'activité normale de l'entreprise.

ATTENTION, l'art L 122-1-1 du code du travail élargie le champ des tâches autorisées. Sont visés l'accroissement temporaire des activités ; les emplois saisonniers ; les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activités il n'est pas d'usage de recourir au CDI.

- les contrats liés à la politique de l'emploi et de formation professionnelles.

L'art L 122-2 prévoit également la possibilité de recourir à ce type de contrat dans le cadre de contrats aidés.

Ces contrats aidés sont réservés à des publics particuliers défini en fonction de leur âge, en fonction de leur situation sociale difficile (demandeurs d'emploi de longue durée).

Le contrat CIFRE : Après le Master 2 il est possible de passer une thèse. Un EP engage l'étudiant et lui donne la possibilité de faire sa thèse à mi – temps, l'employeur bénéficiant du fruit de ses recherches et le thésard est payé pendant 3 ans.

Dans ces cas particuliers des contrats de l'art L 122-2, les exigences relatives à la nature de la tâche à accomplir ne s'applique pas.

- l'interdiction du recours au CDD.

A l'origine de ces interdictions c'est que les syndicats craignaient qu'on utilise le CDD pour remplacer les salariés grévistes.

= interdiction de nouvelles embauches en cas de conflit collectif du travail (art L 122-3).

= interdiction de recourir au CDD pour des séries de travaux dangereux (défini par arrêtés ministériels).

= interdiction dans les entreprises qui ont procédé à un licenciement pour motif économique. Le recrutement pour accroissement de l'activité temporaire est interdit pour 6 mois sur le poste concerné par le licenciement. Art L 122-1-1.

- la limitation quantitative.

Un CDD, renouvellement compris n'excède pas 18 mois normalement. En théorie un seul renouvellement est possible.

La loi prévoit un délai de carence pour qu'un poste permanent soit pourvu par un CDD. Art L 122-3-11.

= c'est quand l'employeur doit attendre l'expiration d'une certaine période, qui est de un tiers de la durée de ce contrat, avant de recourir à un autre salarié sous CDD sur le même poste.

Le contrat doit comporter un terme précis, ou quand la loi autorise un terme incertain le contrat doit prévoir une durée minimale (mission).

* les conditions de forme.

- Le CDD comme le CTT doit être obligatoirement écrit. Avec des mentions obligatoires sachant qu'elles permettent de s'assurer du respect des conditions de fond (art L 152-2 ; L 122-3-1 ; L 124-4).
- Les contrats liés à la politique de l'emploi et à la formation professionnelle doivent suivre le modèle d'un contrat type diffusé par l'administration du travail.

b) les sanctions du recours irrégulier au CDD.

Le recours irrégulier au CDD est sanctionné pénalement. Art R 152-5 à 152-6-1 (travail temporaire) et R 152-4.

- la requalification est une sanction majeure de la violation des conditions légales du recours au CDD. En cas de violation des conditions de forme le contrat est irréfragablement présumé à durée indéterminée.

S'il y a violation des conditions de fond le contrat est réputé indéterminé.

C'est la clause limitant la durée du contrat qui est annulée quand il y a requalification, et pas le reste.

Le CDD devient un CDI quand le contrat se poursuit après l'échéance du terme.

Il y a égalité des droits pour le CDD et le CTT. La rémunération ne peut pas être inférieure à celle perçue par un employé sous CDI.

Art L 122-4-2 : les travailleurs temporaires ont également le droit aux transports, c'est le cas également des restaurants collectifs.

La rupture du contrat : le contrat est rompu normalement à la survenance du terme donc en principe il n'est pas possible de le rompre avant le terme ou de la durée minimale sauf en cas de force majeure ou de faute grave de l'une des parties. La faute grave comporte la notion d'urgence = impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise.

La cour de cassation apprécie la faute grave in concreto. Elle tient compte des caractéristiques particulières du salarié.

= si rupture sans faute grave, le salarié a droit à des dommages et intérêts calculés d'après le salaire qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat. Si c'est le salarié qui rompt le contrat avant terme, c'est l'employeur qui a droit à une indemnisation calculée d'après le préjudice subi. Il y a une exception qui a été introduite par la loi du 17/01/02 (LMS), le salarié peut partir s'il justifie d'une embauche sous CDI (art L 122-3-8).

Quand le contrat se rompt, le salarié a droit à une indemnité de précarité égale à 10% de la rémunération totale brut (art L 123-3-4).

Les salariés sous CDD sont comptés dans les effectifs de l'entreprise au prorata de leur temps de présence pour les élections des IRP.

2) les règles spécifiques relatives au travail temporaire.

a) L'organisation de la profession.

Activité exclusive et monopole. Le prêt de main d'œuvre doit constituer l'activité exclusive de l'entreprise (art L 124-1) = conduit à la détention d'un monopole.

Conséquences : l'art L 125-3, incrimine toute opération à but lucratif qui aurait pour objet de la main d'œuvre, menée hors du cadre d'une entreprise de travail temporaire.

Il faut effectuer une déclaration préalable auprès de l'administration du travail pour créer une entreprise de travail temporaire. Pour débiter l'activité il faut également des garanties financières.

b) une relation triangulaire.

Les 2 contrats doivent être écrits avec des mentions obligatoires.

Le premier contrat est celui de mise à disposition conclu entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire. Il doit mentionner les motifs du

recours au travail temporaire et fournir les indications qui permettront de contrôler le respect des conditions de fond.

Le second contrat est le contrat de travail temporaire, qui définit la mission du travailleur temporaire.

La loi interdit les clauses qui interdiraient l'embauche à la fin de la mission, elle oblige de mentionner que l'embauche n'est pas interdite.

La durée de la mission et la période d'essai en cas d'embauche vont se confondre.

Les obligations de l'utilisateur :

- art L 124-4-6 du code du travail, il est responsable des conditions d'exécution du travail. Il doit mettre en place une surveillance médicale spéciale. Il doit fournir les équipements de protection individuels requis. En cas d'accidents du travail c'est la responsabilité pénale de l'utilisateur qui sera engagée. Sur le plan civil, c'est l'entreprise utilisatrice qui remplace l'ETT dans le cadre des relations avec les organismes de SS. En cas d'insuffisance de garanties financières c'est l'entreprise utilisatrice qui prend le relais.
- Le travailleur temporaire est subordonné à l'entreprise utilisatrice.

c) les relations collectives de travail.

Le travailleur temporaire ne vote pas dans l'entreprise utilisatrice même s'il est pris en compte dans les effectifs. Il est possible de présenter des réclamations par le biais des DP. Il y a une action de substitution qui s'explique par leur statut précaire c'est-à-dire que les syndicats peuvent ester en justice en leur nom sous réserve que le salarié en soit informé et ne s'y oppose pas.

B) le contrat à temps partiel.

1) les conditions de régularité du contrat à temps partiel.

Le principe est qu'il n'est pas prévu de réserver certaines tâches pour le travail à temps partiel.

a) les conditions de fond.

* l'employeur peut dans le contrat de travail à temps partiel stipuler qu'il va recourir aux heures complémentaires (payés au même tarif que les heures normales). La loi limite la possibilité de recourir aux heures supplémentaires.

Les heures supplémentaires doivent être prévues au contrat et ne peuvent pas excéder le dixième de la durée du travail prévue au contrat. Elles ne peuvent pas porter la durée de travail au taux normal des salariés à temps plein (35 heures). L'employeur doit prévenir le salarié au moins 3 jours à l'avance de son intention de recourir à ces heures.

* la définition contractuelle des horaires de travail :

La fixation des horaires de travail échappe à la décision de l'employeur. Pour la cour de cassation, le contrat ne pouvait faire varier les horaires pour l'employeur qu'à 2 conditions :

- la nature de la variation doit être définie.
- Les cas dans lesquels cette variation peut intervenir.

La loi du 19/01/00 a repris cette jurisprudence dans l'art L 212-4-3, qui dispose que le contrat définit les cas dans lesquels une modification éventuelle des horaires peut intervenir ainsi que la nature de ces modifications.

Quand le contrat n'a pas prévu les cas et la nature d'un changement d'horaires le refus du salarié ne constitue pas une faute ni un motif de licenciement. Même si le contrat envisagée une modification des horaires, le salarié peut refuser si le changement est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivie d'un enseignement scolaire ou universitaire, avec une période de travail chez un autre employeur, avec une activité professionnelle non salarié.

* requalification :

Pour être licite le contrat de travail à temps partiel doit respecter les conditions ci – avant, si ce n'est pas le cas il y a requalification.

Quand la forme du contrat n'est pas respectée, on tombe dans le contrat à temps plein.

Le salarié peut demander l'exécution du contrat en temps plein ou demander des indemnités de rupture.

b) les conditions de forme.

Il y a l'exigence d'un écrit et il doit comporter des mentions obligatoires (art L 212-4-3). L'absence d'écrit fait naître une présomption simple de temps plein. S'il n'y a pas d'écrit l'employeur ne peut pas prouver les mentions obligatoires à respecter.

2) le statut des salariés à temps partiel.

Le principe est celui de l'égalité entre les salariés à temps partiel et ceux à temps plein (art L 212-4-5).

La période d'essai, l'ancienneté et la rémunération = égalité de traitement quelque soit le contrat.

LECON 8 : LE RECRUTEMENT DES SALARIES.

Le recrutement est un acte important et incertain. C'est la loi Lyon – Caen du 31/12/92 qui a tenté de rendre le recrutement moins subjectif.

SECTION 1 : la recherche de l'objectivité dans le recrutement.

En juillet 1988, le conseil constitutionnel avait reconnu la liberté à l'employeur de choisir ces collaborateurs. Mais cette liberté n'est pas absolue.

La loi de 1992 c'est inspiré de la loi informatique et liberté de 1978 et a été reconfiguré en 2004.

2 principes :

- la pertinence des informations demandées.
- La loyauté dans la collecte des informations.

= il ne faut pas oublier l'interdiction des principes discriminatoires.

A) la pertinence des informations demandées.

Art L 121-6 du code du travail : « les informations demandées sous quelque forme que ce soit à un candidat à l'emploi ou à un salarié, ne peuvent avoir comme finalité d'apprécier sa capacité à occuper un emploi proposé ou ces aptitudes professionnelles ; ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou à l'évaluation de ces aptitudes professionnelles ».

B) la loyauté dans la collecte des informations.

Art L 121-7 et L 121-8 du code du travail. Le salarié doit être tenu au courant des techniques de recrutement qui vont être utilisées sur lui.

La loi du 31/12/92, impose à l'employeur d'informer préalablement, à leurs utilisations, le CE sur les méthodes et les techniques de recrutement.

Si le CE n'est pas consulté, la sanction est le délit d'entrave.

C) l'interdiction des discriminations après les lois du 16/11/01, 17/01/02 et 9/03/04.

C'est l'art L 122-45 qui a augmenté en volume au fil des lois. La discrimination est interdite en matière d'embauche, d'exécution, de rupture du contrat de travail. Avec la loi Perben 2 du 9/03/04, la discrimination est punie de 45 000 euros d'amende et de 3 ans de prison.

La discrimination indirecte est nouvelle (relative à un groupe comme les femmes), l'orientation sexuelle, l'âge (issue de la loi de 2001).

La discrimination indirecte est une mesure contestée bien qu'en apparence neutre qui affecte de fait une proportion nettement plus élevée d'un groupe de personnes d'un même sexe.

Les facteurs objectifs sont indépendants du sexe des intéressés et peuvent justifier des mesures « appropriées et nécessaires ».

SECTION 2 : la conclusion du contrat de travail.

Généralement le contrat de travail est un contrat type figurant dans la convention collective. Ils contiennent souvent des clauses individualisées qui tiennent compte de la spécificité des emplois.

I) formalisme ou consensualisme.

A) le principe du consensualisme.

Le contrat de travail résulte d'un accord de volonté générateur d'obligations réciproques, il est consensuel, synallagmatique et à exécution successive. Selon l'art L 121-1 alinéa 1, il est soumis aux règles de droit commun.

C'est également un contrat d'adhésion. Dans le cadre de ce contrat, en DC c'est la protection de l'intégrité des consentements. Mais en droit du travail, ce n'est pas le cas, car le CDI n'est pas forcément écrit.

B) la directive européenne du 14/10/91.

Le salarié doit être informé par écrit des conditions essentielles applicables à son contrat, comme toute modification qui y serait apportée.

= il existe une obligation d'information à la charge de l'employeur dans le but de permettre au salarié de mieux connaître les éléments essentiels de la relation de travail et donc d'en rendre plus aisé l'établissement de la preuve. Arrêt de la CJCE du 4/12/97.

La transposition n'a pas été satisfaisante en France car les éléments d'information ne sont pas forcément dans le contrat de travail mais sur la fiche de paie.

II) les clauses insérées dans le contrat de travail.

Elles renforcent pour l'essentiel les obligations des salariés. La cour de cassation c'est montré exigeante quand à la condition de validité de ces clauses.

Il existe des clauses de variation : elles permettent à l'employeur de modifier unilatéralement certaines clauses du contrat de travail.

= elles sont considérées comme nulles par la cour de cassation.

3 conditions pour que les clauses de variations de rémunération soient licites :

- il faut que la variation soit déterminée de façon objective.
- Le risque de l'entreprise ne doit pas être supportée par le salarié.
- Il faut que les minima soient respectés.

Arrêt sociale, 2/07/02.

Il existe une liberté contractuelle au sein du contrat de travail mais elle est surveillée.

A) les clauses relatives à l'exécution.

Certaines clauses d'information peuvent être dans le contrat de travail ou dans des documents annexes (le lieu de travail ou d'embauche n'est pas forcément contractualisé).

1) la clause de mobilité géographique (CMG).

Avec la CMG c'est la mobilité du salarié qui est intégré dans le champ contractuel.

Si la CMG existe, elle peut être mise en œuvre sans l'accord du salarié dès qu'il a signé son contrat de travail. Il existe une atténuation, les juges peuvent contrôler l'excès et les modalités d'exécution. Le juge peut se montrer attentif à la situation familiale de l'intéressé. Arrêt sociale, 11/01/99 et 18/05/99.

Une CMG est sans effet à l'égard des représentants du personnel en raison de la primauté du statut sur le contrat de travail. Ces IRP peuvent donc refuser l'application de cette règle.

2) les clauses d'objectifs.

Arrêt sociale du 22/05/01, les objectifs peuvent être définies unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Généralement, ces objectifs sont définis par la voix contractuelle. Si les objectifs définis ne sont pas atteints, l'employeur peut licencier son salarié pour inexécution du contrat. Le passage d'une obligation de moyens à une obligation de résultats entraîne le transfert des risques de l'entreprise au salarié.

La cour de cassation a réagi et maintenant elle considère que les objectifs doivent être réalistes ou raisonnables. Pour le licenciement, le salarié peut être licencié que si les mauvais résultats lui sont imputables par suite de l'insuffisance professionnelle ou d'agissements fautifs.

B) la clause de non concurrence.

Elle produit ces effets lors de la rupture du contrat. C'est-à-dire que le salarié s'engage à ne pas exercer d'activités concurrentes à compter de la rupture du contrat.

La clause d'exclusivité agit au cours du contrat donc c'est différent.

La CNC empêche le salarié de retrouver le même emploi dans le même secteur d'activité. cf. série d'arrêts du 10/07/02.

1) les conditions de licéité à la veille des arrêts du 10/07/02.

Il n'y a pas de distinction selon le mode de rupture du contrat ou son motif (démission ou licenciement). Elle peut s'appliquer à la rupture d'essai.

Il fallait que l'objet soit licite pour que la clause soit licite.

La CNC réduit la liberté individuelle.

La CNC devait être limitée dans son objet donc dans le temps ou dans l'espace.

Le juge pouvait intervenir pour réduire sa portée. Arrêt sociale, 14/05/92

« LAVEUR DE VITRE », ici la cour de cassation ajoutait d'autres conditions à la licéité de la clause, elle n'est pas licite si elle n'est pas indispensable ou nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Le but est d'assurer la protection de la liberté du travail compte tenu des fonctions exercées par le salarié.

Jusqu'en 2002, la CNC existait mais il n'y avait pas de contrepartie pécuniaire à la charge de l'employeur.

2) les arrêts du 10/07/02.

Ils posent 5 conditions :

- la CNC est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.
- la CNC est limitée dans le temps.
- La CNC est limitée dans l'espace.
- La CNC doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié.
- La CNC doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière.

= tout ceci est rattaché au principe de libre exercice d'une activité professionnelle.

Le juge n'a pas seulement à apprécier si la CNC est nécessaire à l'entreprise, il va également prendre en compte la situation concrète du salarié.

Ces CNC ne peuvent plus être seulement des transpositions de clauses de conventions collectives car elles doivent être individualisées.

Tout arrêt de revirement est rétroactif car la jurisprudence dit le droit mais ne le crée pas.

Les employeurs peuvent modifier les CNC par avenants modificatifs au contrat de travail.

A défaut d'accord sur le montant il semble que l'employeur puisse retirer unilatéralement la CNC devenu illicite.

La prescription de l'action est posée.

Comme la contrepartie financière est assimilée à un salaire, la prescription de l'action en nullité est de 5 ans.

Les salariés qui ont accepté la CNC devenu illicite peuvent obtenir des dommages et intérêts.

3) le régime de la CNC.

La contrepartie pécuniaire peut être versée soit au départ du salarié, soit à échéance périodique pendant la durée de l'engagement, sachant que généralement l'employeur préfère le second cas car il s'assure par-là même le respect de cette obligation.

Certains employeurs ont tenté de ne pas payer cette contrepartie car le salarié ne peut pas lui faire concurrence. Arrêt de 2002, l'employeur ne peut pas renoncer à cette clause sans l'accord du salarié.

La CNC s'applique en cas d'incapacité de travail définitive suivie d'un départ à la retraite.

Violation de l'obligation de non concurrence :

- l'employeur peut demander soit l'exécution en nature au besoin en référé ou des dommages et intérêts (art 1184 CC).
- Si le salarié a respecté la clause tout d'abord puis l'a violé, l'employeur doit verser la contrepartie financière du pour le temps qu'elle a été respectée.
- En cas de non-versement de la contrepartie financière en tout ou partie, les juges peuvent décider que l'employé est libéré de son obligation.

C) la clause de fidélisation du salarié.

La clause de fidélisation a pris de nouvelles formes :

- prévoyance sociale de l'entreprise.
- régime de retraite complémentaire de l'entreprise.
- épargne salariale.
- Compte épargne temps (les heures supplémentaires ne sont pas payées mais mises sur le compte épargne et pourront être prises sous la forme de congés mais il y a la possibilité de demander, par le salarié, d'avoir la totalité de payé).

Tendance à individualiser, généralement les personnes concernées sont des cadres, des ingénieurs et techniciens de haut niveau. Mais il y a la possibilité de fidélisation pour les embauches coûteuses, afin de la rentabiliser (par exemple les personnes issues des hautes écoles). Ces clauses ont une limite, elles ne doivent pas porter atteinte aux droits fondamentaux et à la liberté du salarié. Ex : la prime sous clause résolutoire en cas de démission dans les 6 mois.

1) les clauses de garantie d'emploi.

On les trouve dans 2 cas de figure :

- la reprise d'une entreprise familiale.
- Au profit de salariés débauchés dans une autre entreprise (salariés hautement qualifiés).

Les juges contrôlent ces clauses mais ils ne peuvent pas réduire la durée de l'engagement de stabilité. Arrêt sociale, 7/11/90, garantie de l'emploi jusqu'à la retraite.

Si l'employeur ne respecte pas son engagement, il est tenu d'indemniser le salarié et ce jusqu'au terme de la période de garantie et doit réparer les dommages causés.

Il y aura dans le contrat une indemnité dissuasive de licenciement pour éviter que l'employeur licencie le salarié.

2) les clauses de dédit formation.

Il est demandé au salarié de s'engager à rester dans l'entreprise pendant un certain temps en contrepartie d'une formation onéreuse et de haut niveau. Cela peut être une formation initiale ou en cour de contrat en cas de mutation, par exemple pour répondre aux impératifs d'adaptation.

Le salarié s'engage à rembourser tout ou partie des frais de formation en cas de départ de son fait au cour de la période déterminée.

Pour que la clause soit licite, il y a plusieurs conditions :

- le coût de formation doit être supérieur au montant de l'obligation légale ou conventionnel de formation professionnel.
- Le salarié doit conserver sa faculté de démissionner.

Pour que la clause soit valable :

- il faut la conclusion de conventions particulières avant le début de la formation entre le salarié et l'employeur. Elle doit préciser la date, la nature, la durée de formation et le coût réel pour l'employeur.
- il faut prévoir le montant et les modalités de remboursement à la charge du salarié. Arrêt sociale, 4/02/04.

Il n'est pas possible de stipuler cette clause en cas de formation en alternance.

Ce n'est pas une clause pénale. La nature juridique et fiscale est différente, ici il faut payer fiscalement.

LECON 9 – 1 : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES RELATIONS DE TRAVAIL, LA DETERMINATION ET LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR.

L'expression pouvoir de l'employeur désigne 4 prérogatives :

- le pouvoir de gestion qui permet de prendre des décisions économiques.
- le pouvoir de direction qui permet de donner des instructions et de contrôler le travail des salariés.

- le pouvoir réglementaire qui permet d'organiser certains aspects de la vie de l'entreprise en prenant des dispositions générales et permanentes (règlement intérieur).
- Le pouvoir disciplinaire qui permet d'infliger des sanctions au salarié fautif.

SECTION 1 : la théorie générale des pouvoirs du chef d'entreprise.

Il existe plusieurs sens possible à l'expression pouvoir de l'employeur :

- l'existence d'un pouvoir de fait, c'est le pouvoir exercé par l'une des parties sur l'autre en raison de sa force (pouvoir réglementaire et disciplinaire par exemple). Mais il existe des limites.
- La loi peut parler de pouvoir par opposition à la notion de droits subjectifs. Le titulaire d'un droit subjectif agit dans son propre intérêt. L'employeur ne pense pas seulement à son propre intérêt, il représente autre chose.

I) les fondements concevables.

A) la théorie institutionnelle de l'entreprise.

Elle fut établie par Paul Durand. L'auteur a essayé de comprendre pourquoi le salarié est soumis au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise (pour la cour de cassation c'est un pouvoir inhérent à la qualité de chef d'entreprise) ? pourquoi on appliquait le droit du travail à des personnes qui n'ont pas conclu de contrat de travail ? (les prisonniers allemands dans les prisons françaises, les peuples colonisés).

Pour lui, l'ensemble de ces mécanismes sont difficilement explicables par le droit des obligations, cela s'explique par la notion d'institutions. L'entreprise est un institution comme l'état ou la famille, et l'appartenance à cette institution donne à l'individu des devoirs et des droits.

La notion d'institution a été créée en droit public comme une alternative au contrat pour expliquer les droits et obligations des fonctionnaires.

Les intérêts de l'entreprise dépassent à la fois les intérêts des salariés et ceux de l'employeur = il y a un parallélisme avec la théorie institutionnelle de l'entreprise car c'est une institution.

B) la théorie classique.

Dans la théorie classique il n'est pas besoin de recourir à la notion d'institution. Le droit de propriété donne naissance au pouvoir de gestion.

Le contrat de travail par lequel le salarié accepte d'obéir donne naissance au pouvoir de direction.

Le pouvoir disciplinaire et le règlement intérieur pour eux (les classiques) constituent des anomalies juridiques.

La loi Auroux du 4/08/82 a permis la renaissance de la théorie classique car elle prévoit la mise en place d'un règlement intérieur et la définition des conditions d'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ces pouvoirs de l'employeur sont devenus légaux.

= les classiques considéraient que les pouvoirs disciplinaire et réglementaire sont seulement un élément du statut légal du travail.

Selon la théorie retenue on donne une place différente à la notion de pouvoir. Dans la théorie institutionnelle, tous les pouvoirs sont exercés dans l'intérêt de l'entreprise ; dans la théorie classique l'expression du pouvoir de gestion et de direction est l'illustration de l'attraction exercée sur la société par le droit du travail. Ex : le chef d'entreprise est souvent un mandataire social qui n'agit pas dans son intérêt propre mais dans celui des actionnaires.

II) le droit positif.

Arrêt social du 31/05/56 « BRINON », la cour de cassation rejette la théorie institutionnelle et refuse de limiter le pouvoir de gestion du chef d'entreprise par intérêt pour l'entreprise. Pour la cour de cassation l'employeur est seul juge des raisons qui l'amènent à cesser son activité = il peut fermer une affaire viable sans engager sa responsabilité.

La théorie institutionnelle est toujours présente dans l'esprit de la cour car il y a l'idée d'un pouvoir disciplinaire inhérent au chef d'entreprise. (arrêt de 45 et 87). Certains arrêts parlent d'intérêts de l'entreprise. Mais aujourd'hui cela semble dépassé.

Il existerait une zone d'intérêts communs entre le salarié et l'employeur.

SECTION 2 : LE POUVOIR REGLEMENTAIRE DU CHEF D'ENTREPRISE.

Arrêt sociale du 13/11/96 « société générale », le contrat de travail est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives et d'en contrôler l'exécution.

I) 3 exemples caractéristiques.

Premier exemple : l'évaluation des salariés.

Arrêt du 10/07/02, l'employeur tient son pouvoir de direction du droit d'évaluer le travail de ces salariés sous réserve d'avoir porté à leur connaissance ces dispositifs d'évaluation. mais les conséquences de la notation peuvent poser des problèmes car en droit du travail les sanctions pécuniaires sont illégales et donc les primes ne sont pas perdues à cause d'une mauvaise note ou d'un comportement fautif.

Second exemple : la promotion au choix.

Arrêt du conseil constitutionnel du 7/05/03, qui pose que le juge ne peut se substituer à l'employeur pour accorder au salarié un rappel de salaires au titre d'un avancement non obtenu.

= respect de la liberté d'entreprendre et donc de choisir ces collaborateurs.

= il n'y a pas de sanctions sauf pour la discrimination s'il n'y a pas promotion.

Sociale, 24/02/04.

Le juge peut ordonner le reclassement du salarié s'il y a discrimination.

Troisième exemple : la fixation des horaires.

C'est au chef d'entreprise de fixer les horaires collectifs et individuels dans le respect des textes en vigueur. Arrêt du 1/04/03, une salariée était passée à temps partiel mais il y avait un désaccord quand à ces nouveaux horaires et donc elle va au travail aux heures qu'elle a elle-même décidées. « en l'absence d'accord, pour la cour de cassation, et sans qu'il ne soit établie que l'employeur ait commis une faute dans l'exercice de son droit d'organiser le travail dans son entreprise, il pouvait fixer les horaires des salariés ».

II) 3 limites au pouvoir de direction.

Première limite : la discrimination.

Les mesures de l'employeur ne doivent pas être discriminatoires, art L 122-45.

Si c'est le cas, la sanction est la nullité de l'acte et la possibilité de poursuites pénales.

Seconde limite : Art L 120-2, si l'exercice de ce pouvoir porte atteinte à une liberté ce doit être proportionné au but recherché et justifié par la nature des tâches à accomplir.

Troisième limite : il ne doit pas exister de mesures abusives et / ou disproportionnées conduisant à du harcèlement moral. Art L 122-46 et L 122-49.

SECTION 3 : LE POUVOIR DISCIPLINAIRE DE L'EMPLOYEUR.

Le droit du travail sur ce point n'a pas beaucoup évolué de 1850 à 1946. Le préambule de 1946 reconnaît le droit de grève et la liberté syndicale ce qui est donc un contre – poids effectif au pouvoir de l'employeur. c'est par la loi du 4/08/92 que le pouvoir disciplinaire entre dans le code du travail. La loi vise à créer un vrai droit disciplinaire. D'où il résulte une modification profonde de la législation applicable au règlement intérieur.

I) une nouvelle conception du règlement intérieur.

Auroux a été guidé par 2 idées :

- relancer les négociations d'entreprise = purger les règlements intérieur de tout ce qui été négociable.
- Permettre un contrôle interne et externe effectif du règlement.

A) un règlement purgé du négociable.

La loi du 4/08/82 est inséparable de celle du 13/11/82 qui crée la NAO. Certains thèmes prévus dans la NAO ne peuvent plus être dans le règlement intérieur comme les règles relatives à l'embauche, à la période d'essai, à la classification et au licenciement.

Auroux a limité le contenu du règlement intérieur à l'hygiène, la sécurité et la discipline.

L'employeur en matière de discipline doit indiquer les différentes sanctions applicables, la procédure contradictoire, le RI doit rappeler toutes les règles relatives au harcèlement sexuel et moral.

= interdiction de toute amende ou sanctions pécuniaires, exclues comme toutes les matières non citées précédemment.

Le RI ne peut pas porter atteinte aux libertés publiques. Il ne doit pas y avoir de restrictions injustifiées aux libertés individuelles ou collectives. Art L 122-35.

Ex : le port de la blouse dans les grands magasins pour tous les salariés est interdit, ce ne doit pas être systématique.

Le RI ne peut pas être contraire aux normes supérieures comme la loi ou la convention collective.

B) le RI sous haute surveillance.

Le RI est obligatoire dans tous les établissements et entreprises de plus de 20 salariés.

Le RI est soumis à un triple examen :

- le projet de RI doit être soumis à l'avis du CHSCT pour les clauses relatives à l'hygiène et à la sécurité.
- Le projet de RI doit faire l'objet d'une information et d'une consultation du CE ou à défaut du DP. C'est une formalité substantielle, si elle n'est pas remplie, le RI n'est pas opposable aux salariés. Le défaut de P.V concernant la consultation, entraîne une réaction de l'inspecteur du travail. Il joue un rôle central, il a le pouvoir d'exiger de l'employeur le retrait ou la modification des clauses jugées illégales. Il est le destinataire des projets de règlement et du P.V. Si toutes les clauses sont licites, il ne répond pas à l'employeur et le RI s'applique 1 mois après le dépôt. S'il y a des clauses illégales, le retrait ou la modification est exigée par lettre motivée adressée à l'employeur et au CE. Les demandes peuvent intervenir plusieurs années après en cas de modification législative.
- Le conseil des prud'hommes peut être saisi par un salarié sanctionné en application d'une clause que ce salarié estime illégale. Ex : un salarié qui fume dans sa voiture sur le parking de l'entreprise. le CPH ne peut pas annuler la clause litigieuse pour éviter la concurrence entre le juge judiciaire et le pouvoir du juge administratif = il peut seulement en écarter l'application en annulant la sanction. Mais il doit envoyer une copie du jugement à l'inspecteur du travail. Si l'inspecteur du travail ne réagit pas, il y a souvent une réaction du CE qui a également reçu une copie du jugement et qui l'a fait connaître dans l'entreprise = le CE demande donc des explications à l'inspecteur du travail. Les dispositions du RI ne lient pas le juge judiciaire.

II) du pouvoir au droit disciplinaire.

Le pouvoir disciplinaire est inhérent à la qualité de chef d'entreprise et à l'existence d'un lien de subordination. L'exercice de ce pouvoir est une obligation à la charge du chef d'entreprise en cas de harcèlement entre salariés notamment. Sociale, 10/05/01 : « l'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent de fait ou de droit une autorité sur le salarié ».

Avant la loi du 4/08/82, le chef d'entreprise pouvait sanctionner une faute aussi légère soit-elle. Le juge ne contrôlait que la matérialité de la faute, et la proportionnalité entre la faute et la sanction infligée. Avec la loi de 1982 il n'y a pas de remise en cause de la légitimité du pouvoir disciplinaire. Elle est intitulée « protection des salariés et droit disciplinaire ». la loi touche toutes les entreprises, sans condition de taille et tous les salariés quelque soit le contrat et l'ancienneté. La loi est complétée par les dispositions de l'art L 120-2.

A) le domaine.

Les mesures relèvent du pouvoir de direction et les autres ont le caractère d'une sanction.

La loi de 1982 va dans le sens de l'élargissement du pouvoir disciplinaire en raison de la protection qu'offre son régime au salarié. Art L 122-40.

= il faut apprécier les conséquences des mesures sur les fonctions, la carrière, les rémunérations dans le présent mais également dans le futur. L'échelle des mesures est large, elles peuvent aller du blâme, de l'avertissement, de la mise à pied, de la mutation, de la rétrogradation, à la rupture du contrat.

= le tout doit être pris à titre de sanction.

Il existe la mise pied conservatoire et la mise à pied disciplinaire (sanction précisée dans le temps). La première est toujours préalable à la rupture du contrat pour faute lourde ou grave.

Le chef d'entreprise prend toujours des mesures de gestion et elles peuvent parfois être vécues comme des sanctions, mais elles résultent du pouvoir de direction et non pas du pouvoir disciplinaire.

Le contentieux autour de ces mesures négatives comme le refus du versement de primes, le refus d'avancement qui affecte la carrière ou la rémunération. Si elles ne constituent pas de discriminations illicites, ces mesures relèvent du pouvoir de direction. Il n'y a pas de doute quand l'employeur se place sur le terrain disciplinaire comme pour la rétrogradation par exemple.

En cas de doute, il y a analyse des causes.

= les agissements fautifs, le but est de donner aux salariés des droits de défense, quand ils subissent une mesure individuelle prononcée à titre de sanction. Le domaine de la protection s'étend à toutes les fautes professionnelles.

B) la prohibition des sanctions pécuniaires.

Art L 122-42 alinéa 1, les amendes et sanctions pécuniaires sont interdites. Si elles existent il y a nullité de plein droit.

Mais toutes réductions ou non-paiement des salaires ne sont pas des sanctions.

Ex : l'absence de salaire peut être la conséquence attachée à une sanction, c'est le cas du salarié mis à pied.

La rétrogradation entraîne une réduction des rémunérations.

Le non-paiement des salaires peut résulter de l'absence de contrepartie.

Le fait de ne pas augmenter des salariés alors que c'est une mesure à caractère général est une sanction pécuniaire.

Il y a sanction pécuniaire s'il y a subordination du versement d'une prime de treizième mois à l'absence de mesures disciplinaires.

Peut-on réduire le salaire en cas d'exécution défectueuse du contrat ? pour la jurisprudence, même si l'exécution est volontairement défectueuse à la suite de mouvements sociaux non qualifié de grève, la réduction des salaires est due aux agissements fautifs c'est donc une sanction pécuniaire qui est donc interdite.

Soit le contrat n'est pas exécuté pendant un temps et il y a donc une retenue sur salaire qui est fixée, proportionnelle à l'inexécution, ce n'est pas une sanction. Soit le contrat est exécuté mais de façon volontairement défectueuse, c'est une sanction pécuniaire qui est donc prohibée.

C) la procédure.

1) la mise en œuvre des poursuites.

L'opportunité de la prise de sanctions appartient à l'employeur. la limite est fixée par le principe de non-discrimination édicté à l'art L 122-45.

Discrimination : en droit européen c'est le fait d'atteindre, au travers de la personne et de façon illicite, son appartenance à un groupe, une entité : nationalité, sexe, syndicale, race, religion.

Arrêt sociale 15/05/91, qui dispose qu'il est permis à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise de sanctionner différemment des salariés qui ont participés à la même faute.

2) la prescription de l'action.

a) la mise en œuvre.

Art L 122-44 alinéa 1 : « aucun fait fautif ne peut donner, à lui seul, lieu à l'engagement d'une procédure disciplinaire au-delà de 2 mois à compter du jour ou l'employeur en a eut connaissance ».

= le délai court pour protéger le salarié. En droit commun, le salarié qui invoque la prescription extinctive doit prouver que l'employeur en avait connaissance depuis plus de 2 mois.

Pour la cour de cassation, si le fait a été commis plus de 2 mois avant l'engagement des poursuites, c'est à l'employeur de prouver qu'il n'en avait pas eut connaissance. L'employeur ici supporte le risque de la charge de la preuve.

Le fait prescrit peut être invoqué à l'appuie d'un fait nouveau.

Il existe également l'art L 122-44 alinéa 2 qui prévoit le cas de l'amnistie permanente (qui n'est pas évoqué pour le fait nouveau). C'est une amnistie des sanctions, sanctions de plus de 3 ans qui procèdent d'un comportement fautif qui ne pourra pas être évoqué à l'appui de nouvelles sanctions.

b) le déroulement de la procédure.

Pour la procédure il faut faire la différence entre les petites et les grandes sanctions.

La petite sanction :

- elle relève d'une procédure courte.
- Elle est simplement motivée.

La procédure longue s'applique à de grandes sanctions, avec des incidences sur la présence et les fonctions du salarié dans l'entreprise, sa carrière, sa rémunération.

La procédure longue est empruntée au droit du licenciement. C'est-à-dire la convocation à un entretien avec un certain formalisme.

Pendant l'entretien, le salarié peut être assisté par un autre salarié de l'entreprise.

Il existe également un délai de réflexion de la part de l'employeur. La sanction fera l'objet d'une notification écrite et motivée de ladite sanction. Il existe également dans cette procédure le fait que si l'employeur prend une sanction, il doit le faire dans le mois qui suit l'entretien, ce n'est plus possible après.

Il existe 2 exceptions à ce délai :

- en raison de la procédure statutaire ou conventionnelle plus longue, à condition que le salarié soit averti de l'engagement de cette procédure dans le mois qui suit l'entretien.
- la complexité du dossier peut justifier une prolongation.

D) le contrôle judiciaire.

Il est possible d'annuler une sanction, autre qu'un licenciement, dans 2 cas :

- si la sanction est disproportionnée par rapport à la faute, dans ce cas le juge peut l'annuler.
- si la procédure n'a pas été respectée.

1) le fond.

Le juge prud'homale doit disposer de tous les éléments de l'affaire. Pour cela l'art L 122-43 alinéa 1 impose une obligation de renseignement pour l'employeur.

Le juge prud'homale va disposer des informations de l'employeur mais également de celles fournies par le salarié. Mais il peut également ordonner toutes les mesures d'instructions qu'il estime utiles.

De là, il forgera son intime conviction.

Quand il y a saisi du juge, l'objet de la saisie est limitée à l'objet déterminé. Il n'y a pas de requalification, la lettre fixe les limites du litige. L'employeur qui va dire que la sanction se justifie, doit être écrite. Toute sanction est injustifiée en l'absence de motivation figurant dans la lettre.

Il y a donc bien un parallèle avec le licenciement.

En l'absence de motivation, le doute profite au salarié.

Le contrôle exercé par le juge est un contrôle de l'existence des faits litigieux puis il opère un contrôle de la disproportion de la sanction, art L 122-43 alinéa 2.

Si le juge considère qu'il y a disproportion, il peut annuler la sanction.

2 possibilités d'annulations :

- la sanction n'est pas justifiée.
- La sanction n'est pas proportionnée.

Le juge annule la sanction mais il ne dit pas quelle sanction serait la mieux adaptée à la faute commise.

2) la procédure.

L'irrégularité formelle peut être sanctionnée par la nullité de la sanction.

Les juges ont dans ce cadre un pouvoir d'opportunité.

CONCLUSION :

Le droit disciplinaire tel qu'il résulte de la loi du 4/08/82 et de l'interprétation de la jurisprudence a eut un double effet :

- premier effet = un gonflement disciplinaire dans la relation de travail sachant que tout de même il y a peu de contentieux.
- Second effet = un renouvellement de la procédure quant à son appréciation : le pouvoir patronal.

LECON 9 – 2 : LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR.

La notion du temps plus que celle de l'espace domine la relation de travail. Tout dans la relation de travail semble s'inscrire dans la durée et la rémunération elle-même à comme référence le temps.

Le demandeur d'emploi lui-même doit consacrer son temps à la recherche de temps, et l'accumulation de jours sans droit risque de le placer en fin de droit. Tout étant réduit, il faut aménager le personnel.

SECTION 1 : LA REMUNERATION DU TRAVAIL.

Les conflits collectifs explosent souvent pour des problèmes de rémunérations, de salaires, derrière la façade.

L'évolution économique et sociale nécessite d'intégrer les salaires dans une approche plus globale des rémunérations. Mais la caricature du nouveau salariat et des salaires, il existe également l'actionnariat salarié.

Le crédit lyonnais = 73% des salariés sont actionnaires et ils détiennent 7,5% du capital.

Renault = 80% des salariés sont actionnaires et ils détiennent 5% du capital.

I) la réglementation du salaire.

Elle se manifeste dans la fixation de son montant et dans la définition de son régime.

A) la fixation du salaire.

Décision du conseil constitutionnel du 11 juin 1963.

La fixation des rémunérations (salarial) relève du contrat librement passé entre l'employeur et le salarié.

Mais il existe des limites à cette liberté contractuelle, et l'employeur doit tenir compte de contraintes normatives qui peuvent émaner de l'OP social ou de l'OP général ou de la rigidité du lien contractuel.

1) l'OP social.

a) les minima.

Le SMIC = avant il y avait le SMIG, salaire minimum interprofessionnel garanti, on est passé au salaire minimum interprofessionnel de croissance par la

loi du 2/01/70. Le montant du SMIC de base depuis le 1/07/05 est de 8,03 euros de l'heure.

Il est automatiquement indexé sur l'indice des prix de l'INSEE, lorsque cet indice varie de plus de 2%.

Chaque 1/07 = changement de SMIC.

L'objectif est d'éviter une distorsion entre le SMIC et l'évolution économique.

14% de la population active touche le SMIC sachant que ces 14% sont constitués de 20% de femmes et 10% d'hommes de la population active.

30% sont des salariés d'entreprise comprenant moins de 50 salariés.

Seulement 5% sont des salariés d'entreprise de plus de 500 salariés.

Les minima conventionnels sont indérogables depuis la loi Fillon du 4/05/05.

- les conventions collectives de branches ou d'entreprises fixent des salaires minima, régulièrement révisés par des accords collectifs.

Problème car en pratique on constate que malgré ces réévaluations, 3 conventions collectives de branches sur 4 fixent en 2004 des minima inférieurs au SMIC.

- la négociation annuelle obligatoire sur les salaires a été imposé par le législateur. On constate en pratique que cette négociation porte plus sur le taux de variation que sur le montant des salaires.

Avant la loi Fillon, les niveaux de négociation devaient respecter les niveaux qui leurs étaient supérieurs par peur des syndicats jaunes c'est-à-dire des syndicats de maison.

Depuis 2004, il est possible de déroger aux conventions collectives de branches sauf en matière de salaires minimum et de classification. La hiérarchie subsiste dans ces 2 domaines.

Il est nécessaire pour l'augmenter (le SMIC), de définir sur le plan technique les éléments de la rémunération qui seront pris en compte dans l'assiette.

Pour les minima conventionnels cela dépend de la rédaction du texte. Pour le SMIC, la cour de cassation exclue de l'assiette les primes d'ancienneté et d'assiduité et également les primes à échéance annuelle.

b) la convention de forfait de rémunération.

Ces conventions furent légalisées par la loi Aubry 2.

Ce sont des accords écrits prévoyant le versement d'une somme globale forfaitaire. Cette somme forfaitaire incluant le salaire de base, les heures supplémentaires et plus rarement les primes ou les congés.

= ces conventions de forfaits ne se présument pas, c'est à l'employeur de prouver son accord individuel avec chaque salarié. Il existe une condition : ces conventions doivent sous peine de nullité fixer une durée précise du travail.

2) l'OP général.

Il interdit les pratiques discriminatoires et impose certaines règles de police économique.

Au niveau du salaire et des discriminations : Textes = la loi du 16/11/01 renforce cet interdit et a introduit le conseil de la discrimination directe qui vise les avantages sociaux et les salaires.

Avant la loi, il y a eut « l'affaire PONSOLLE » du 29/10/96, qui a posé comme principe : « à travail égal, salaire égal. Les politiques d'individualisation des salaires sont légitimes dans le cas d'un exercice non discriminatoire d'un pouvoir de direction ».

2 expressions : « gouverner c'est choisir » et « distinguer n'est pas discriminer ».

Art L 140-2 du code du travail pose le problème de l'égalité des rémunérations.

Sachant que cette loi a été renforcé par la loi du 9/05/01 et l'ANI signé en mars 2004 qui renforce ce pouvoir du principe.

Chiffres : il y a une différence de 15% entre les salaires des hommes et des femmes sachant que la maternité et autre ne justifie que 10% de différence.

Ce principe est renforcé parce que désormais est posé une information précise du CE sur ce principe d'égalité mais également dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire qui doit aborder également le thème de l'égalité professionnelle.

La loi impose également de fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée. Si un doute subsiste, il profite à la salariée.

La prescription des salaires est de 5 ans.

Cette politique va avoir des effets inverse.

Les femmes bénéficiaient de journées quand leur enfant était malade... mais la CJCE condamne désormais la France sur ce terrain. Il n'est plus possible d'édicter des avantages réservés aux femmes.

Par contre, la décision de la CJCE du 16/09/99 a été reprise par la chambre sociale le 21/03/00 qui considérait qu'une discrimination positive est licite. Une prime était octroyée par Renault aux femmes partant en congés maternité et elle était considérée par la CJCE comme « destinée à compenser des désavantages professionnels résultant pour ces travailleurs dans leur éloignement du travail ».

Les préoccupations d'OP économique : consiste dans le fait que toute référence au SMIC ou au niveau général des prix est strictement interdite.

Le contrat ne peut se référer ni à l'un ni à l'autre, la sanction de ces clauses est la nullité absolue de la clause (et non du contrat dans son ensemble ni de la convention collective).

Les frais professionnels engagés par le salarié pour les besoins d'une activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être supportés par l'entreprise.

Sachant que ces frais ne peuvent être imputés sur la rémunération.

3) la légitime stabilité des rémunérations contractuelles.

Quelle est la limite contractuelle quand il y a réduction des salaires ?

Le salaire contractuelle constitue de par son caractère rudimentaire l'élément essentiel du contrat de travail. Puisqu'il est qualifié d'élément essentiel, l'employeur ne peut pas toucher à son montant pour le réduire.

Une telle modification ne peut pas être imposée par l'employeur, ni par accord collectif et ne peut pas non plus l'être par référendum. C'est un élément individuel.

Ce raisonnement s'applique au salaire de base mais également aux divers éléments contractuels de rémunération qui constituent les avantages individuels acquis.

Il existe une possibilité pour que ces avantages naissent par voie d'usage.

L'employeur peut mettre fin à un usage portant sur la rémunération en le dénonçant, par l'information de tous les partenaires sociaux et de chacun des salariés pris individuellement. Sachant que cette information doit être assortie d'un préavis pour permettre une négociation à l'expiration de ce délai.

L'avantage peut être supprimé à l'expiration de ce délai sans que le salarié ne puisse s'y opposer, si et seulement si l'avantage n'avait pas été contractualisé.

Aucune disposition légale n'impose de modifier le salaire à la hausse.

B) le régime du salaire.

1) les modalités de paiement.

a) la périodicité du paiement.

Les salariés sont souvent mensualisés, avant ils étaient payés à l'heure. Les ouvriers non mensualisés doivent recevoir leur salaire au moins 2 fois par mois, mais cette périodicité est portée à au moins tous les 3 mois pour les VRP. La

convention collective et les usages prévoient la possibilité d'acomptes proportionnels à la fraction de travail déjà accompli.

b) la forme du paiement.

Les avantages en nature sont souvent sous – estimés vis à vis du FISC et de l'URSSAF, ce qui expose l'entreprise à un risque de redressement.

2) les garanties du salaire.

Le salaire a un caractère alimentaire. La loi protège le salarié aussi contre ces créanciers et contre l'employeur. La protection s'applique de manière générale au salaire proprement dit quelque soit sa forme à l'exclusion des frais professionnels et des différentes sommes présentant le caractère de dommages et intérêts (comme les indemnités de licenciement qui peuvent être saisies).

Les principales garanties du salarié tiennent à la durée de la protection du salaire qui est de 5 ans.

Elles tiennent également à la limitation des garanties de compensation.

L'employeur ne peut pas retirer lui – même sur le salaire du salarié les sommes que celui – ci lui doit.

Arrêt sociale du 18/02/03, la chambre sociale a interdit à la SNCF de retenir sur le salaire d'un de ces agent le coût des communications personnelles excédents le forfait d'un téléphone portable dans le cadre professionnel. C'est la confirmation de l'interdiction des sanctions pécuniaires tout comme la récupération des primes déjà versées en cas de démission.

Le salaire est protégé en cas de faillite contre les créanciers de l'employeur. La loi a institué des mécanismes de garanties des sommes dues. Cela s'applique aux salaires et aux indemnités de rupture.

Affaire « LIP » de 1973. La loi du 29/12/73 a crée une véritable garantie financée par des cotisations exclusivement patronales. Ce fond de garantie est géré par l'association pour la gestion du régime d'assurance des créances sociales (AGS), qui est géré par les ASSEDIC. En cas de faillite, l'AGS verse sur demande des représentants des créanciers les sommes dues, au jour ou la demande est faite mais également elle verse les salaires antérieurs non perçus par les salariés. L'AGS est subrogé dans les droits des salariés. Elle pourra agir ultérieurement contre l'employeur défaillant.

II) les rémunérations.

A) une approche globale.

1) le coût réel du salaire.

a) les charges sociales.

Quand une entreprise paie 15 euros au salarié, elle paie effectivement 21 euros. Cela résulte des prélèvements assis sur le salaire. Prélèvements d'autant plus importants en France que l'art L 242-1 du code de la SS assujettis à toutes les cotisations sociales toutes les sommes versées au travailleur en contrepartie ou à l'occasion du travail. Sauf disposition légale contraire, c'est le cas des frais professionnels et des indemnités compensant un préjudice. Cela concernent les salariés (20%) mais affectent également l'entreprise (40 à 45%) des charges patronales.

Le bulletin de paie énonce les charges salariales et patronales.

A ces charges doivent être ajoutées les charges correspondantes aux régimes de protections complémentaires + les taxes et subventions du CE.

2) le salaire caché du salarié.

Le salaire correspond aux différents revenus de remplacement versés par l'employeur comme c'est le cas de la maternité ou il y a maintien du salaire sans contrepartie de travail. Les sommes sont versées par des organismes de sécurité prévoyance en cas de maladie, retraite, chômage. C'est le fond de gestion de la formation professionnelle.

= pour certains c'est le signe de l'existence de l'état – providence.

B) la sophistication croissante des modes de rémunération.

Les systèmes de rémunération ne se bornent plus seulement à l'exécution du travail, elles poursuivent des objectifs complexes qui sont :

- motiver les salariés en prenant en compte leurs performances individuelles ou collectives.
- Sensibiliser les salariés à la réalisation des objectifs de l'entreprise.
- Gagner en flexibilité les rémunérations (avantages sélectifs et réversibles).
- La flexibilité de l'emploi avec des capitaux de fin de carrière qui facilitent le départ à la retraite.

= il n'y a pas de récompenses accordées à tout le monde systématiquement, mais le but est bien d'accorder à des populations précises des améliorations dans les salaires. La flexibilité du système des rémunérations permet donc à l'entreprise de combiner la formule de salaires différents en fonction de ces besoins. C'est également visible en terme de protection sociale. Il est possible de faire participer les salariés aux résultats.

1) les salaires différenciés.

L'esprit est de donner plus de responsabilités aux responsables hiérarchiques mais également de mettre les meilleurs collaborateurs en valeur par rapport à l'extérieur.

La différenciation des salaires est licite sous réserve qu'il n'existe pas de discrimination et qu'on ne soit pas dans le domaine des sanctions pécuniaires.

2) le régime interne de protection sociale complémentaire.

Les garanties des régimes obligatoires légaux (SS) ou conventionnels (régimes complémentaires) deviennent modiques, particulièrement dans certains domaines comme l'invalidité, le décès.

= création d'un marché pour les régimes d'entreprise.

L'essentiel de ces régimes sécurisant des rémunérations différés sont motivants pour les salariés et pour l'entreprise, car ils sont largement exonérés par les prélèvements fiscaux et sociaux.

3) l'association des salariés aux résultats.

L'ordonnance du 21/10/86, modifiée essentiellement par la loi sur l'épargne salariale du 19/02/01. Cette loi de 2001 a refondu les droits de participation, le plan épargne entreprise et l'intéressement. Avec ces 3 modes différents la France a un mode incitatif et complet.

a) la participation.

Elle est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés. Aujourd'hui 40% des salariés sont concernés. Elle se partage au prorata de leurs salariés et dans la limite de leur plafond d'une fraction des bénéfices dénommé réserve spéciale de participation.

Les droits correspondants sont indisponibles pendant 5 ans. Il est possible de les débloquent au bout de 3 ans mais les avantages fiscaux sont réduits de moitié pour les salariés.

L'intéressé doit se trouver dans une situation limitativement énumérée pour débloquent les sommes, mariage, divorce, agrandissement ou réduction de la maison principale, acquisition de la résidence principale, invalidité, cessation du contrat de travail.

En contrepartie de l'attente de 5 ans, l'entreprise et le salarié bénéficient d'une exonération fiscale totale sauf pour la CSG et la CRDS.

Se sont les accords collectifs qui prévoient la participation, même dans le groupe. Ils peuvent exceptionnellement être conclu dans le CE (c'est le cas de la moitié des accords). Ils doivent être ensuite ratifiés par l'accord des 2/3 des salariés de l'entreprise. Ils peuvent être conclu soit entre le chef d'entreprise et l'organisation syndicale, soit entre le chef d'entreprise et le CE.

Pour les années 2000, 4,2 millions de bénéficiaires se sont partagés 4,1 milliards d'euros soit environ 880 euros par salariés.

b) l'intéressement.

Il a été revu par la loi du 19/02/01. C'est un système facultatif et plus flexible que la participation.

En 2000, les sommes distribués au titre de l'intéressement s'élevé à 3,5 milliards d'euros.

Toutes les entreprises qui respectent leurs obligations en matière d'IRP peuvent mettre en place un accord d'intéressement.

Les entreprises choisissent librement les critères, les résultats, la productivité, la satisfaction du client, etc.

Elles choisissent la formule du calcul et le cadre (entreprise, établissement, ateliers).

L'intéressement est un outil de management et de performance mais les primes d'intéressement ne doivent pas se substituer à des primes existantes.

L'intéressement doit faire l'objet d'un accord pour une durée maximale de 3 ans. Il peut être conclu selon des modes parallèles à ceux des modes de conclusion de la participation.

L'intéressement bénéficie d'avantages fiscaux et sociaux pour les salariés et l'entreprise, sauf pour la CSG et la CRDS. L'intéressement est par contre soumis à l'impôt sur le revenu, contrairement à la participation sauf si les salariés versent leurs primes dans les 15 jours sur le plan épargne entreprise.

c) le plan épargne entreprise.

Le but est d'instaurer un système d'épargne collectif qui ouvre le droit aux salariés d'une entreprise ou offre la possibilité de participer avec l'aide de l'entreprise à la constitution d'un portefeuille de valeur mobilière.

Ce PEE concerne 3% des entreprises mais 30% des salariés. Il peut être institué aussi bien unilatéralement que par voie d'accord. Chaque salarié est libre d'y participer ou pas. Les versements annuel des salariés peuvent faire l'objet d'un abondement de l'entreprise.

Les conditions de l'abondement sont fixés par l'entreprise. Selon la loi, il est au maximum de 1300 euros et ne peut excéder le versement du triple du salarié.

Les sommes sont indisponibles pendant au moins 5 ans.

Les revenus et les gains en capital sont exonérés d'impôts mais restent soumis à la CSG et à la CRDS.

4) le plan d'achat ou d'option d'achat d'action du salarié.

Il y a la possibilité pour le salarié d'acheter des actions de l'entreprise.

Soit ils achètent tout de suite à un prix faible, c'est un plan d'achat.

Soit ils achètent dans le futur mais à un prix déjà fixé, se sont des stocks option.

Cela concerne généralement des membres des comités de direction, le but est de les fidéliser, mais il y a un problème car c'est une vision à court terme qui n'est pas basé sur la bourse.

3 constats :

- dans certaines entreprises l'accumulation de ces mécanismes d'épargne fait de la collectivité du personnel l'un de ces plus gros actionnaire. Mais cela présente un risque important en cas de faillite pour les salariés.
- la réforme de l'épargne salariale vise à démocratiser et à développer l'actionnariat salarié.
- Le conseil constitutionnel a indiqué dans sa décision du 12/01/02 que « la nomination obligatoire d'un administrateur salarié dans les entreprises ou le personnel détient plus de 3% du capital été non seulement conforme à la constitution mais également conforme à la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs à la gestion des entreprises figurant au huitième alinéa du préambule de 1946 ».

La loi du 21/08/03 relative aux retraites, a mis en place de nouveaux outils d'épargne salariale destinés à inciter les salariés à se construire, à côté du régime de retraite classique, un régime spécifique à base de capitalisation.